Die Aktiengesellschaft

und die

Verantwortlichkeit der Verwaltung

nach revidiertem Obligationenrecht

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Theodor Kaeslin

von Beckenried, in Seeburg/Luzern

Bern — Bühler & Werder A.-G. — 1941

Die Aktiengesellschaft

und die

Verantwortlichkeit der Verwaltung

nach revidiertem Obligationenrecht

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Theodor Kaeslin

von Beckenried, in Seeburg/Luzern

Bern — Bühler & Werder A.-G. — 1941

Die Fakultät hat diese Arbeit am 29. Mai 1941 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines lieben Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Schrifttum 9

Einleitung 13

ERSTER TEIL.

1. Kapitel.

1. Das Problem des Uebergangrechtes 15
Der Grundsatz der Nichtrückwirkung 15

2. Kapitel.

1. Die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft 17
2. Die körperschaftsrechtlichen Elemente 18
3. Aktienrechtliche Ideologien 19
a) Die aktienrechtliche Demokratie 19
b) Das Führerprinzip in der Aktiengesellschaft 20

3. Kapitel.

1. Die Organisation der Aktiengesellschaft 21
A. Im allgemeinen 21
a) Begriff der Organe 22
b) Die Organträgerschaft 23
B. Im besonderen: *Die Verwaltung* 24
a) Die rechtliche Stellung der Verwaltung 24
b) Der Dienstvertrag 24
c) Der Auftrag (Mandat) 25
d) Contractus sui generis 26

4. Kapitel.

Die Entstehung des Rechtsverhältnisses.

1. Wählbarkeitserfordernis 27
A. Voraussetzungen nach Gesetz 28
a) Die Aktionärqualität 28
Der Zweck der Erfordernis der Aktionärqualität 28
b) Die schweizerische Nationalität 29
B. Voraussetzungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen . . . 30
a) Die Handlungsfähigkeit 30
C. Voraussetzungen nach den Statuten 30

5. Kapitel. Seite

Die Wirkungen des Rechtsverhältnisses.

A. Die Art der Erfüllung der Aufgabe 31
1. Persönliche Erfüllung 31
2. Sorgfältige Erfüllung 31
B. Das Problem des Selbstkontrahierens 34

6. Kapitel.

Die Vertretungsmacht.

1. Allgemeines 35
2. Der Umfang der Vertretungsmacht 35
3. Die juristische Natur der Vertretungsmacht 36
4. Die Regelung der Vertretungsmacht 36
5. Die Stellung des Verwaltungsrates bei Interessenkollision mit der Aktiengesellschaft 38

ZWEITER TEIL.

7. Kapitel.

Schuld und Haftung im allgemeinen.

1. Die Grundlage des Haftungsproblems bei der Aktiengesellschaft 43
2. Die Solidarhaftung 46
a) Im allgemeinen 46
b) Im besonderen 47

8. Kapitel.

Die Verantwortlichkeit der Verwaltung.

1. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit 48
2. Die Geltendmachung des Anspruchs 50
a) Außer Konkurs 50
b) Im Konkurs 51
3. Die Beweislast 51
4. Die Verjährung 52

9. Kapitel.

Die Entlastung.

1. Der Begriff der Entlastung 53
2. Die juristische Natur der Entlastung 54
a) Die Vertragstheorie 54
b) Die Theorie vom Schulderlaß 54
c) Die Lehre von der Quittung 55
d) Die Mandatslehre von Bachmann 55
3. Die Wirkung der Entlastung 55
4. Der Unterschied zwischen Entlastungsbeschluß und dem Schadenersatzanspruch 60
5. Der Entlastungsbeschließende 61
6. Der Entlastung Empfangende 61

Seite

7. Der Zweck der Entlastung 62
8. Die Klageberechtigten 64
   a) Der mittelbare Schaden 64
   b) Der unmittelbare Schaden der Gläubiger und Aktionäre . 66
9. Der Gerichtsstand 68
10. Die Verjährung 70

DRITTER TEIL.

Der Aktionär in seiner Rechtsstellung gegenüber der Verwaltung.

1. Allgemeines 71
2. Die Aufschlußerteilung in der Generalversammlung 71
3. Die rechtliche Natur der Auskunfterteilung 72
4. Die Bekanntgabe von Verlusten und Veruntreuungen 74
5. Das Verbot verschleierter und unrichtiger Angaben 74
6. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Aufschlußpflicht 75

Schlußbetrachtungen 77

Schrifttum.

Amira, K. v.: Grundriss des germanischen Rechts, 2 Bände, 2. Auflage 1901.

Burckhardt, W.: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Burckhardt, W.: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.

B. V.: Artikel aus der Bundesverfassung.

BGE: Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts.

Bachmann, Gottlieb: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 1. Auflage, Zürich 1915.

Bachmann, Gottlieb: Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung für die Geschäftsführung der Verwaltung. Aus der Festschrift für Cohn, Zürich 1915.

Becker, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Dr. Gmür, Bd. VI OR, 2 Abt., Bern 1934.

Biggel, H.: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates. Diss. iur., Zürich 1940.

Curti, H.: Die Aktien- und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Zürich 1939.

Dietler, H.: Die rechtliche Stellung der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. jur., Bern 1895.

Dernburg: Allgemeine Lehren.

Ehrenberg, V.: Handbuch des gesamten Handelsrechtes, III, 1916.

Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930.

Egger, A.: Zur Revision des Aktienrechtes, S. J.-Z. 1924/25.

Ensslin, Richard: Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse, Diss. jur., Zürich 1930.

Fehr Hans: Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht, Festgabe für Karl Wieland, 1934.

Fehr, Konrad: Die Struktur der Kommanditaktiengesellschaft, Diss. jur., Bern 1935.

Feyeler, F.: Des administrateurs dans les S. A., Diss. jur., Lausanne 1887.

Fischer O.: Zit. in Ehrenbergs Handbuch.

Gierke, O. v.: Genossenschaftstheorie, Berlin 1887.

Gierke, O. v.: Deutsches Privatrecht, 3 Bände.

Gierke, O. v.: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.

Gierke, I. v.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1933.

Guhl, Th.: Das schweizerische Obligationenrecht, 2 Bände, Zürich 1937.

Guhl, Th.: Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1937.

Henggeler: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im BG und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.

Herzfelder, A.: Die Stimmrechts- und Interessenkollision.

Höppner, M.: Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935.

Horrwitz, H.: Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Berlin 1913.

Hachenburg: Das Aktienrecht der Gegenwart, Berlin 1931.

Kuhn, H.: Die Einführung des neuen Aktienrechtes, Bern 1937.

Kisskalt: Reform des Aktienrechtes, erster Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht in der Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1934, Heft I, S. 20, und 1935, Heft 5, S. 224 ff.

Kolb, Alfred: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. jur., Zürich 1935.

Kohli, K.: Aktiengesellschaft und Unternehmung.

Landolt, Emil: Beiträge zum Rechte der Generalversammlung, Dissertation, Zürich 1922.

Lehmann, K.: Lehrbuch des Handelsrechtes.

Neidhardt: Das Einsichtsrecht des Aktionärs, Diss jur., Zürich 1929.

Netter: Die aktienrechtliche Auskunftspflicht, herausgegeben von Nussbaum, Heft 10, Berlin 1928.

Oftinger Karl: Der Trödelvertrag, Zürich 1937.

Oser: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929.

Oertmann: Natürliche Verbindlichkeit im BGB, 1902, in Allg. Oesterr. Gerichtszeitung.

Pfyffer, v.: Die Direktion der Aktiengesellschaft, Dissertation, Bern 1919.

Pic, P.: Traïté général du droit commercial, 2 Bände, 1925.

Renn, Margaret: Die Gründung von Aktiengesellschaften in Deutschland, Diss. jur., München 1932.

Ronner, M.: Aufsicht und Prüfung im Rechte der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1936.

RGE: Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts.

Schacht, H.: Leitgedanken zur Aktienreform. Rede, gehalten vor der Akademie für deutsches Recht, 1934.

Steno-Bulletin St. R.: 1931, 1935, 1936.

Steno-Bulletin NR.: 1934, 1935.

Staub-Pinner: Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., 1926/32, Berlin.

Sombart: Der moderne Kapitalismus, 2 Bände.

Schneider und Fick: Das schweizerische Handelsrecht, Zürich 1909.

Schneider und Fick: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht.

Siegwart A.: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 3. Abt., Zürich 1934.

StGB: Artikel aus dem schweizerischen Strafgesetzbuch.

Tuhr, v.: Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924/25.

Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1934.

Wieland, K.: Handelsrecht, 1. und 2. Band, München und Leipzig 1921/30.

Wolfers: Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse von Verwaltung und Direktion, Dissertation, Zürich 1917.

Welti: Die Organisation der Aktiengesellschaft, 1890.

Wolf, E.: Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollision mit der Aktiengesellschaft.

Wiedigrer: Der Generalversammlungsbeschluss der Aktiengesellschaft, Diss. jur., Zürich 1930.

Zeitschrift: Die schweizerische Aktiengesellschaft, Schreiben des Handelsregisteramtes.

Zitelmann: Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern, Z. H. R. 52, 31 ff.

Einleitung.

Durch das Obligationenrecht von 1881 war das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz vereinheitlicht worden. In der Folge blieb es im Wesentlichen bei dieser Ordnung, bis zum ersten Juli 1937, dem Tage, an welchem das revidierte Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936 in Kraft getreten ist.

Aus der langen Geltungsdauer — es sind mehr als fünfzig Jahre — kann man die Güte des bisherigen Aktienrechtes ersehen. [1]) Allein es ist klar, dass in diesem halben Jahrhundert sich manches im Wirtschaftsleben verändert hat. Neue Bedürfnisse machten sich geltend, viele durch das Gesetz nicht geregelte Fragen tauchten auf, kurz es sprengte ganz einfach die Entwicklung, den ursprünglich gezogenen Rahmen und schaffte neben dem Gesetz eigenes Recht.

Insbesondere das Gebilde der Aktiengesellschaft hat sich mächtig entwickelt und ist zu grosser Bedeutung emporgestiegen. Man denke in dieser Beziehung z. B. an die längst überwiegende Simultangründung, oder an die Holdinggesellschaft, oder an die heute so selbstverständlich und zugleich unentbehrlich gewordene Prioritätsaktie, alles Erscheinungen, die vom alten Gesetz überhaupt nicht erwähnt wurden.

Aus dieser Tatsache erhellt auch, wie tiefschürfend die Reform des Aktienrechtes durchgeführt werden musste. Das neue Recht hatte aber zugleich auch Mängel zu beheben und Missbräuchen entgegenzutreten. Beispielsweise möchte ich hier erwähnen den

---

[1]) H. Kuhn, S. 3.

Gründungsschwindel mit fadenscheinigen Apports oder die unzulänglich geregelte Verantwortlichkeit der Organe. Wenn deshalb der Umfang des Gesetzes erheblich zunahm — aus 64 Artikeln sind es deren 144 geworden — so ist das nicht verwunderlich. [1])

Was aber den Geist des neuen Rechtes anbelangt, so ist trotz dieser vielfältigen Eingriffe die Tradition des alten Rechtes aufrechterhalten geblieben und eine zu weit gehende Reglementierung wurde glücklicherweise vermieden. Man hat nicht übersehen, dass das Obligationenrecht trotz eigener Numerierung der Artikel einen Teil des ZGB bildet, also auch vom gleichen Geiste beseelt sein soll.

[1]) Vergl. H. Kuhn, S. 3 und 4.

ERSTER TEIL.

I. Kapitel.

1. Das Problem des Uebergangrechtes.

Gerade diese enge Verbundenheit mit dem ZGB hat nun auch ihre Bedeutung für die besondere Frage der Einführung des neuen Rechtes. Es ist zwar das bisherige Aktienrecht am 1. Juli 1937 ausser Kraft getreten, allein es behält seine Wirkung in namhaftem Umfange noch über diesen Zeitpunkt hinaus bei, indem bestimmte unter seiner Herrschaft begründete Verhältnisse vom neuen Recht gar nicht, andere aber erst nach einer gewissen Frist erfasst werden. Wir stehen also in einer Periode des Uebergangrechtes. Gerade für sie verweist das revidierte Obligationenrecht in seinen Schlussbestimmungen auf die seinerzeit beim Inkrafttreten des ZGB getroffene Regelung. Damit gilt ganz allgemein:

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung.

Das will besagen, dass die rechtlichen Wirkungen der unter dem alten Rechte eingetretenen Tatsachen und vorgenommenen Handlungen auch fernerhin nach diesem beurteilt werden. Durchbrochen wird dieser Grundsatz in drei Fällen:

1. Inbezug auf die Vorschriften des neuen Rechtes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind.

2. Inbezug auf früher begründete Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird.

3. Inbezug auf Tatsachen, die bis zum Zeitpunkte der Rechtsänderung noch keinen rechtlich geschützten Anspruch, sondern blosse Hoffnungen oder Anwartschaften begründet haben.

Liegt eine dieser drei Voraussetzungen vor, so findet das neue Recht sofort mit dem Inkrafttreten auf die bestehenden Verhältnisse Anwendung. Nach Art. 2 der Schluss- und Uebergangsbestimmungen des Obligationenrechtes gilt für die unter dem bisherigen Recht

gegründeten Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, also insbesondere für Aktiengesellschaften folgende Norm:

Soweit sie den Vorschriften des neuen Rechtes nicht entsprechen, haben sie binnen fünf Jahren ihre Statuten diesem Rechte anzupassen, unter Drohung der Auflösung von Amtes wegen, falls sie diesem Gebote nicht nachleben.

Die mit dieser ausserordentlich scharfen Sanktion ausgestattete Bestimmung legt somit grundsätzlich die Rückwirkung des neuen Rechtes fest, jedoch unter Einräumung einer fünfjährigen Anpassungsfrist. Diese erstreckt sich auf alle jene Fälle, in denen die Statuten einer Aktiengesellschaft mit dem neuen Recht nicht mehr vereinbar sind.

Die Hauptfrage des Uebergangrechtes ist nun die: Wie verhält sich die letztgenannte Norm zu den allgemeinen, dem ZGB entnommenen Grundsätzen der zeitlichen Rechtsanwendung? Gilt die fünfjährige Frist zur Anpassung der Statuten schlechthin, geht sie also jenen allgemeinen Regeln vor oder ist sie umgekehrt nur unter Vorbehalt der letzteren zu verstehen? Diese Frage stellt sich ganz besonders in Hinsicht auf die Bestimmungen des neuen Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind. Es kann kein Zweifel bestehen, dass das Obligationenrecht und insbesondere auch das Handelsrecht solche Bestimmungen kennt. Ob aber einer Gesetzesnorm dieser Charakter zukommt, ist nicht immer leicht zu entscheiden, denn unter dem Begriffe Sittlichkeit muss man hier die ethische Grundlage der Rechtsordnung überhaupt ansehen. Normen, deren gesetzgeberische Rechtfertigung auf die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit zurückgeht, können an sich schon den Vorrang beanspruchen vor den andern, die bloss beliebige private Interessen gegeneinander abzugrenzen haben. Im Kollisionsfalle wäre also in diesem Sinne zu entscheiden!

Allein, bei näherer Prüfung ergibt sich, dass eine Kollision in der hier erörterten Frage nicht eintritt, und zwar deswegen, weil Art. 2 Schlusstitel des ZGB den soeben besprochenen Normen die sofortige Wirksamkeit nur insoweit verleiht, als das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat. Eine solche Ausnahme aber haben wir gerade in der Einräumung einer Uebergangsfrist durch Art. 2 der Schlussbestimmung des Obligationenrechtes zu erblicken. Kraft jenes Vorbehaltes greift diese Ausnahme hier ein.

Somit ergibt sich als Schlussfolgerung, dass den bestehenden Aktiengesellschaften, deren Statuten mit den Vorschriften des neuen Rechtes im Widerspruch stehen zur Anpassung auch dann und insoweit die fünfjährige Frist zur Verfügung steht, als wir die neuen Vorschriften als im öffentlichen Interesse aufgestellt be-

trachten, wenn es sich nicht um statutarisch festgelegte Verhältnisse handelt.

Abgesehen von dieser Darstellung des Uebergangrechtes, betrachtet vom grundsätzlichen Standpunkte aus, möchte ich noch kurz eingehen auf eine andere, hier besonders interessierende Frage bezüglich der Einführung des neuen Rechtes im Gebiete der Aktiengesellschaft.

Es betrifft dies die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte und aller mit der Geschäftsführung vertrauten Personen — insbesondere der Direktoren — sowie der Revisoren. Diese ist verschärft worden, indem die Betreffenden nun nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Aktionären und Gläubigern gegenüber, schon bei Pflichtverletzung aus Fahrlässigkeit, eintritt. Diese Verantwortlichkeit gründet sich unabhängig vom Willen der Beteiligten auf das Gesetz. Sie beurteilt sich nach dem bisherigen Recht, wenn die sie begründenden Tatsachen vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes vorgefallen sind, andernfalls nach dem neuen Recht. Aber auch für die Fälle der ersten Art gilt — jedoch als eine Vorschrift des öffentlichen Rechtes — der neue Gerichtsstand für alle verantwortlichen Personen am Sitz der Gesellschaft.

2. Kapitel.

1. Die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft.

Jeder Versuch, die heute geregelten Handelsgesellschaften nach einem gemeinsamen Merkmal rechtlich einzugliedern, ist gescheitert. Entscheidende Gesichtspunkte lassen sich weder aus der Beantwortung der Frage nach der juristischen Persönlichkeit einer Gesellschaft noch aus der Beantwortung der Frage nach der Art der Haftung ihrer Mitglieder gewinnen. [1])

Man kann sagen, dass die Aktiengesellschaft wirtschaftlich gesehen eine Unternehmungsform, juristisch gesehen ein rechtsfähiger Verein ist. [2]) Und zwar ist sie der Grundtypus eines Kapitalvereins. Als solcher geniesst die Aktiengesellschaft nur einen beschränkten Realkredit, der sich in der Summe der Kapitalbeteiligung ihrer Mitglieder und vielleicht vorhandener Reserven erschöpft. Der Vorteil des Realkredites gegenüber dem Personalkredit liegt vor allem darin, dass er von vornherein fest bestimmt ist. Ausserdem sind

[1]) J. v. Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, S. 200, und Wieland, Handelsrecht, S. 35.

[2]) M. Renn, S. 4.

zur Erhaltung des Grundkapitals umfangreiche gesetzliche Vorschriften aufgestellt, während es für die Erhaltung des Vermögensstandes eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters keine rechtliche Gewähr gibt. Es geniesst daher der begrenzte Realkredit der Kapitalgesellschaft in den meisten Fällen eine Bevorzugung. [1])

2. Die körperschaftsrechtlichen Elemente.

Die Frage, ob die Aktiengesellschaft eine Körperschaft oder eine Gesellschaft sei, hat in der Wissenschaft zu weitgehenden Auseinandersetzungen geführt.

Die einen sind der Meinung, dass die Aktiengesellschaften nicht trotz, sondern gerade wegen ihrer wirtschaftlichen Bedingungen und Verhältnisse eine Gesellschaft — societas — sei. Die Aktionäre stehen in einem gesellschaftsvertraglichen Verhältnis zueinander und schulden sich gesellschaftliche Treue und Förderung. Dass der Aktiengesellschaftsvertrag durch das Gesetz eingehend und zwingend geregelt ist, könne seinem Charakter keinen Abbruch tun. Das Gesetz suche damit lediglich einen Schutz- und Zweckmässigkeitsgedanken zu sanktionieren, wie es dies auch bei andern Vertragsarten getan habe. [2])

Eine andere Auffassung geht dahin, die Aktiengesellschaft als eine Körperschaft aufzufassen. Ich möchte mich dieser aus nachfolgenden Ueberlegungen anschliessen.

Im Gegensatz zur Gesellschaft entsteht sie nicht wie diese durch Vertrag, sondern durch einen formalen Gesamtakt, der in einem Zusammentreffen gleichgerichteter einseitiger Willenserklärungen besteht. [3]) Zwischen den Aktionären bestehen, anders als zwischen Gesellschaftern, keine rechtlichen Beziehungen. Ihre Mitgliedschaft erschöpft sich in einem Rechtsverhältnis zur Körperschaft, die ihrerseits Rechtspersönlichkeit besitzt und von der Persönlichkeit der Mitglieder unabhängig ist. [4])

Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft ist korporativ-kapitalistisch und ist damit andererseits verschieden von der Mitgliedschaft zum Verein, die korporativ-personalistischen Charakter hat. Die Willensbildung erfolgt nach dem Mehrheitsprinzip, das nicht etwa als blosses technisches Verfahren zur Erzielung eines einheitlichen Verbandswillens, sondern als Ermittlung «des richtigen Wil-

[1]) Konrad Fehr, S. 6.

[2]) Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 324, ferner M. Ronner, S. 11.

[3]) Gierke, S. 133, und Steno-Bulletin St. R. 1931, S. 359.

[4]) Egger, Vorbemerkungen N. 17, und Steno-Bulletin NR. 1934, S. 348.

lens» betrachtet wird.[1]) Aus diesem Grunde glaubt man, den korporativen Willen des Einzelmitgliedes mehr oder weniger übersehen zu dürfen und lässt seine Geltendmachung in der Regel nur dann zu, wenn es sich um eine krasse Vergewaltigung von Vermögensinteressen handelt.

3. Aktienrechtliche Ideologien.

Es scheinen mir besonders zwei Ideologien bemerkenswert zu sein, die in ihren Auswirkungen geeignet sein können, das Innenverhältnis der Aktiengesellschaft erheblich zu verändern. Es ist einerseits die Idee der aktienrechtlichen Demokratie und andererseits die Idee des Führerprinzips in der Aktiengesellschaft.

a) Die aktienrechtliche Demokratie.

Seit der Entstehung der Code de Commerce von 1807 und noch mehr seit dem Erlass des allgemeinen Handelsgesetzbuches im Jahre 1861 wurde immer und immer wieder die Organisation der Aktiengesellschaft und diejenige des Staates miteinander verglichen. Dieses gewissermassen spielerische Vergleichen nahm aber auch ernsthafte Formen an, und gewisse Leute glaubten gar, dem Staats- und Verwaltungsrecht subsidiäre Geltung im Aktienrecht zuerkennen zu müssen.[2]) Die Entrüstung, die diesem Fehltritt folgte, war dann allerdings derart, dass wenigstens die unmittelbare Beeinflussung des Aktienrechtes durch politische Gedankengänge abgebremst wurde. Immerhin, ganz ausser Kurs kam dieses Theoretisieren nicht, und vor allem wurde der Begriff der Demokratie als Schlagwort gebraucht, um einzelne Dinge in der Innenorganisation der Aktiengesellschaft als wünschenswert oder verwerflich zu kennzeichnen. Kein geringerer als Sombart überträgt folgendermassen seine politische Anschauung ohne jede Einschränkung auf das Aktienrecht: «Die Aktiengesellschaft ist das Spiegelbild der modernen Demokratie. In der Fiktion herrscht das Volk, d. h. die Aktionäre, in Wirklichkeit ein kleiner Klüngel von Machthabern, der in der Aktiengesellschaft verschieden zusammengesetzt ist.[3])

Im gleichen Sinne wurde in unsern Eidgenössischen Räten behauptet, das Problem der stillen Reserve hänge wesentlich mit der absoluten Diktatur innerhalb der Aktiengesellschaft oder einer gewissen Demokratie, die durch die Generalversammlung zum Aus-

---

[1]) Egger, Art. 67, N. 1.
[2]) Staub-Pinner, § 256, Anm. 13.
[3]) Sombart, Bd. 2, S. 735.

druck gebracht wird, zusammen.[1]) Glücklicherweise scheint man sich heute von der sogenannten aktienrechtlichen Demokratie mehr und mehr abzukehren und die Aktiengesellschaft unter andern Gesichtspunkten zu betrachten. Welcher Art diese aber sein sollen, ist nicht überall klar. So zeichnet sich in neuerer Zeit in Deutschland eine Tendenz ab, welche die über Bord geworfene politische Ideologie durch eine andere ersetzen möchte.

b) Das Führerprinzip in der Aktiengesellschaft.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Führerprinzip bloss ein politischer Grundsatz sei. Diese wurde verneint und die Durchführung des Führerprinzips auch in der Wirtschaft als Forderung der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik anerkannt.[2])

Allerdings will man an den wirtschaftlichen Führer nicht dieselben Forderungen stellen wie an den politischen. Die Unterscheidung fällt jedoch nicht besonders geschickt aus und erschöpft sich in der Hauptsache darin, vom Wirtschaftsführer mehr zu verlangen als vom politischen.

Was die praktische Uebertragung des Führerprinzips auf die Aktiengesellschaft anbelangt, so ersieht man aus folgendem die logische Konsequenz:

Es bestand Uebereinstimmung darüber, dass den Minderheitsrechten in Zukunft nach Durchführung des Führerprinzipes und nach der in Aussicht genommenen Beschränkung der Befugnisse der Generalversammlung wesentlich geringere Bedeutung zukommen wird.[3]) Die Generalversammlung soll nach neuester Entwicklung des deutschen Aktienrechtes nicht mehr oberstes Organ sein. Demzufolge sollen Jahresabschluss und Gewinnverteilung nicht mehr ihrer Entscheidung unterstehen, sondern lediglich derjenigen des Vorstandes.[4])

Daraus wird die Hauptgefahr dieser Tendenz ersichtlich, nämlich dass in Verfolgung dieser Ideologie allgemeine Grundsätze der Billigkeit und der wirtschaftlichen Zweckmässigkeit übersehen werden. Ein so weitgehend durchgeführtes Führerprinzip in der Aktiengesellschaft könnte leicht dazu missbraucht werden, jene Verwaltungs- und Grosskapitalsallmacht noch zu festigen, die doch dem körperschaftlichen Prinzip der Verbundenheit und Verantwortlich-

---

1) Steno-Bulletin NR. 1934, S. 264/65, Schmid, Oberentfelden.

2) Kisskalt, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1934, Heft 1, S. 20 ff., 2. Bericht 1935, S. 247, Heft 5.

3) Kisskalt, Heft 6.

4) Höppner, S. 15.

keit, wie auch dem allgemeinen Ansehen der Aktiengesellschaft überhaupt, in der Vergangenheit so schweren Schaden zugefügt hat. Ich möchte hier Exreichsbankpräsident Dr. Schacht anführen, der wörtlich sich wie folgt äussert:

«Die in der Systemszeit so vielfach vorgekommenen Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften hat als letzte Ursache die angemasste oder leider auch manchmal vom Aufsichtsrat gebilligte Diktatorstellung eines einzelnen Mannes. Einem Führer, der ein Führer ist, braucht kein Aktiengesetz mehr Macht zu geben, als er sie durch seine Persönlichkeit hat. Einen Führer aber, der kein Führer ist, kann der gesetzliche Machtzuwachs nur noch stärker zum Missbrauch verleiten, als dies unter dem bisherigen Gesetz möglich gewesen ist.»

Gundsätzlich ist zu sagen, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft im Sinne einer Körperschaft Einheit und Vielheit in glücklicher Weise vereinigt und der alte Grundsatz von Treu und Glauben ist geeignet, alle festgefahrenen aktienrechtlichen Streitfragen, wie Majoritätsherrschaft, Minderheitsrechte, Stimmrechtsaktien, Bezugs-, Mitwirkungs-, Einsichts- und Auskunftsrecht, durch eine billige Abwägung berechtigter Interessen zu lösen. [1])

3. Kapitel.

1. Die Organisation der Aktiengesellschaft.

A. Im allgemeinen:

Die Organisation ist im Gegensatz zum deutschen Recht im schweizerischen Recht eine freiere. Zum Grossteil wird sie den Statuten überlassen, und nur wo wesentliche Interessen der Aktionäre und Gläubiger auf dem Spiele stehen, haben wir zwingende Vorschriften. Es ist klar, dass dadurch eine weitgehende Anpassungsfähigkeit an die tatsächlichen Verhältnisse erreicht wurde, wenn auch oft auf Kosten einer scharfen Abgrenzung der Befugnisse der Organe.

Die Körperschaft hat ihre eigene Firma und sie besitzt bekanntlich juristische Persönlichkeit. Durch diese Verselbständigung kann sie im geschäftlichen Verkehr sich bewegen wie die einzelne Person. Sie tritt damit aber auch im Innenverhältnis, den Aktionären gegenüber, als rechtliche Einheit, als Rechtssubjekt auf.

Ihre Entstehung erfolgt durch einen Formalakt, d. h. durch die Eintragung ins Handelsregister, und sie beruht auf den Statuten,

---

1) Wieland, Handelsrecht.

die von den Gründern aufgestellt und von der konstitutierenden Generalversammlung genehmigt werden und denen sich sowohl der Zeichner wie jeder später die Mitgliedschaft erwerbende Aktionär unterwirft.

Die Generalversammlung, als der Ausdruck einer Art «demokratischer Verfassung», ist die Gesamtheit der Aktionäre in formrichtig einberufener Versammlung. Sie übt die oberste Gewalt in der Gestaltung der Geschicke des Unternehmens aus. Sie ist zu allen Beschlüssen befugt, wenn die Statuten eine bestimmte Kompetenzzuweisung an ein anderes Organ nicht vorgenommen haben. In der Generalversammlung übt jeder Aktionär sein mitgliedschaftliches Recht nach Massgabe seiner Kapitalbeteiligung aus. Es gilt der Grundsatz: soviel Beitrag und Risiko, soviel Recht!

Die Beschlussfassung in der Generalversammlung erfolgt nach Mehrheitsprinzip. Aber um die Vergewaltigung einer Minderheit durch die Mehrheit nach Möglichkeit zu verhindern, hat das Gesetz besondere Bestimmungen getroffen zum Schutze des einzelnen Aktionärs oder einer bestimmten Minderheit. Endlich gewährt das Gesetz dem Aktionäre gegenüber Verwaltung und Kontrollstelle, in gewissen Fällen der Verantwortlichkeit dieser Organe, eine Individualklage.

Kraft dieser Organisation stellt sich die Aktiengesellschaft unseres Obligationenrechtes als eine Rechtsfigur dar, die vermöge ihrer kapitalistischen Struktur und der Sicherung der Kapitalbasis für grössere wirtschaftliche Unternehmungen besonders geeignet ist. [1])

a) Begriff der Organe.

Die juristische Person handelt durch Organe und nicht mehr durch Vertreter. Eine genaue diesbezügliche Begriffsbestimmung ist aber de lege lata kaum möglich. [2])

Einen Gegensatz zwischen Organ und Vertretung konstruieren zu wollen, um dann diesen als Kriterium zu betrachten, scheint nicht die richtige Lösung zu bringen. [3]) Die Vertretungsmacht kann ganz verschieden abgestuft sein, indem eine Aktiengesellschaft durch Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Direktoren oder Verwaltungsräte handeln kann.

Bei der Frage, ob es sich um ein Organ handelt, wird es in erster Linie darauf ankommen, dass seine Willensentscheidungen

[1]) Steno-Bulletin NR., 13. VI. 1934, S. 262.
[2]) Egger, allgemeine Bestimmungen zu Art. 54/55, Anmerkung 6.
[3]) Wieland, I. Bd., S. 404, Anm. 16 II, § 98 IV.

für die Aktiengesellschaft von wesentlicher Bedeutung sind. [1]) Ferner dass sein Tätigkeitsbereich eine selbständige Stellung einschliesst. [2]) Ob die Stellung eines Organs im wesentlichen eine selbständige ist, muss dann eben von Fall zu Fall untersucht werden. Oft ist dies ersichtlich aus Gesetz oder aus den Statuten.

Die massgebliche Unterscheidung zwischen Organ und Nichtorgan besteht darin, dass die Körperschaft für das deliktische Verhalten ihrer Organe einzustehen hat. (ZGB Art. 55.)

b) Die Organträgerschaft.

Es ist zu beachten, dass der Organträgerschaft eine verschiedene Bedeutung zukommt, je nachdem die Verwaltung aus einer oder mehreren Personen besteht.

Im ersten Falle stehen dem einzigen Verwaltungsrate die gesamten Kompetenzen des Organs zu, auf ihm allein lasten die gesamten Pflichten. Im zweiten Falle dagegen kann nur die Gesamtheit der Verwaltungsräte als Organ handeln. Gierke (Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 483) sagt: «Immer ist nicht die Summe der Einzelpersonen, sondern die auf verfassungsmässige Weise dargestellte Einheit in der Vielheit als Trägerin der fraglichen Organstellung aufzufassen.»

Mehrgliedrige Organe pflegen allgemein als Kollegien aufgebaut zu sein. Ihre Organisation ist eine körperschaftliche. Die Mitglieder sind also grundsätzlich gleichberechtigt und handeln gemeinsam auf dem Wege von Beratungen und Mehrheitsbeschlüssen. Die Prinzipien der kollegialen Organisation stehen fest, mag man sie durch Analogie zur Arbeitsweise kollegialer Behörden oder zum körperschaftlichen Funktionieren der Mitgliederversammlungen im Privatrecht herleiten. [3]) Es ermächtigt also die Organträgerschaft den einzelnen Verwaltungsrat bei mehrköpfiger Verwaltung nur zur Teilnahme an der Tätigkeit des Kollegiums, zur Mitwikung als gleichberechtigtes Mitglied.

Es besteht demnach zwischen dem Mitglied der Verwaltung und der Aktiengesellschaft ein privatrechtlicher Vertrag, auf Grund dessen das Mitglied der Verwaltung die Erfüllung von Organfunktionen gemäss den Vorschriften des Aktienrechtes und der Statuten übernimmt. Diese sind für den Anstellungsvertrag in erster Linie massgebend und verunmöglichen, wie wir noch sehen werden, die Subsumption des Vertrages unter einen der Vertragstypen des Obligationenrechtes.

---

1) v. Tuhr, S. 460, Wieland II, S. 91.
2) Egger, Bd. I, N. 8.
3) Egger, Personenrecht Art. 69, N. 6, und Gierke, I. Bd., S. 506.

B. Im besonderen:

Die Verwaltung.

Neben der Generalversammlung (demokratischer Gedanke) und der Kontrollstelle (Misstrauensidee), auf die in dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann, besteht als wesentliches Organ der Verwaltungsrat (Herrschaftsmoment). Er vertritt die Aktiengesellschaft nach aussen, verpflichtet die Gesellschaft und erwirbt Rechte für sie. Vom formell-juristischen Standpunkt aus gesehen, ist er deshalb das wichtigste, beziehungsweise das unentbehrlichste aller Organe, denn ohne ihn kann die Aktiengesellschaft nicht handeln.

a) Die rechtliche Stellung der Verwaltung.

Das Verhältnis der Mitglieder des Verwaltungsrates zur Körperschaft ist ein vertragliches. Dass dem so ist, ergibt sich aus der Definition des Vertrages, die, etwas summarisch gefasst, feststellt, dass der Vertrag die rechtsgeschäftliche Verabredung eines Rechtsverhältnisses unter zwei oder mehreren Personen darstellt.[1]) Seine Merkmale sind das zweiseitige Rechtsgeschäft, d. h. eine gewollte Handlung, die auf Begründung eines Rechtsverhältnisses geht. Diese Merkmale sind in unserm Fall restlos vorhanden.

Schwieriger aber gestaltet sich die Frage nach der Einreihung dieses Vertrages unter die bekannten Vertragstypen. Hier scheiden sich die Meinungen. Die einen stellen sich auf den Standpunkt, dass das Vertragsverhältnis ein Mandat ist. (So Feyeler, Pfyffer von Altishofen, S. 32, und Becker und Wolfers.) Andere sagen, es handelt sich um einen Dienstvertrag und wieder andere meinen, es ist weder das eine noch das andere, es ist ganz einfach ein contractus sui generis. (So Kolb.)

Mit Vorteil, scheint mir, wird man aus den Wirkungen das Wesen des Rechtsinstitutes zu erfassen versuchen, also die dynamische Auffassung zur Anwendung bringen. (Vergl. H. Fehr, S. 70.) Denn kein rechtlicher Unterschied ist ohne tatsächliche Wirkung.

b) Der Dienstvertrag.

Ein Dienstvertrag liegt dann vor, wenn die Leistung von Diensten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Lohn versprochen wird. (OR 319, I.) Mit dem Dienstvertrag ist gewöhnlich eine dauernde berufliche Stellung verbunden, wobei die Haupttätigkeit und die ganze Arbeitskraft dem Unternehmen gewidmet ist. Der Verwal-

[1]) Burckhardt, S. 59.

tungsrat aber ist meistens nicht dauernd im Dienste der Aktiengesellschaft tätig.[1])

Die Dienstleistung nach der Zeit ermöglicht theoretisch die Abgrenzung des Dienstvertrages gegenüber den andern Arbeitsverträgen, wie Auftrag usw.[2]) Wenn es gelegentlich vorkommt, dass ein Mitglied der Verwaltung in einem Dienstvertragsverhältnis zur Aktiengesellschaft steht, so ist dies der Fall um besonderer Dienste willen, z. B. als Delegierter des Verwaltungsrates usf. Das Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und dem Mitgliede der Verwaltung wird aber durch solche Arbeitsverträge in keiner Weise berührt. Die Verwaltungsratsstellung hängt nicht von solchen Arbeitsverträgen ab, wogegen es aber sehr oft umgekehrt ist. Solche Dienstvertragsverhältnisse können sehr wohl nebenher laufen, und es ist auch eine solche Kumulation nach schweizerischem Recht durchaus gestattet.[3]) Wieland (Bd. II, S. 149) sagt deshalb: «Die herrschende Meinung nimmt deshalb mit Recht ein auftragsähnliches Verhältnis an», woraus geschlossen werden kann, dass seiner Ansicht nach ein Dienstvertrag nicht in Frage kommt. Diesem Standpunkt ist um so eher beizupflichten, als das Interesse des Dienstverpflichteten am Vertrag ganz verschieden ist von dem des Mitgliedes der Verwaltung an seiner Stellung.

c) Der Auftrag (Mandat).

Der französische Gesetzgeber stellt ausdrücklich im Gesellschaftsrecht fest, dass die Mitglieder der Verwaltung Mandatare der Aktiengesellschaft seien.[4]) Das Anstellungsverhältnis der Verwaltungsräte fällt also unter die Regeln des Code civil über den Auftrag. (Art. 1984 CC ff.)

Der Vertrag der Aktiengesellschaft mit dem Mitglied der Verwaltung geht auf Mitwirkung bei der Besorgung der Geschäfte der Gesellschaft. Es liegt eine selbständige auf den wirtschaftlichen Erfolg eines andern, nämlich der juristischen Person, gerichtete Betätigung vor. Diese Umschreibung des Vertragsgegenstandes deckt sich mit der üblichen Definition des Auftrages.[5])

Nach Art. 705 OR können die Mitglieder der Verwaltung jederzeit abberufen werden. Laut Art. 404/I OR kann auch der Auftrag

1) Wieland, Bd. 2, S. 149, Anm. 13, und BGE 44 - II - 138.

2) Guhl, S. 187.

3) Bachmann G., Kommentar zum OR, und Schneider-Fick, Anm. 2, zu Art. 649.

4) Loi sur les sociétés, vom 24. Juli 1867, Art. 22.

5) Becker, N. I zu Art. 394 OR, und Wolfers, S. 27.

jederzeit gekündigt oder widerrufen werden. Da ausserdem die Verwaltung immer vertretungsberechtigt ist, so kann auch diese Bestimmung als ein weiteres Argument für die Subsumption der Verwaltungsratsstellung unter den Auftrag betrachtet werden.

Das Bundesgericht äussert sich in einem älteren Entscheid zu diesem Problem wie folgt:

«Der Auftrag im Sinne von Art. 654 a. OR liegt in der Kreation des Organs selbst. Die Grenzen des Auftrages werden nicht durch die Anstellung der betreffenden Personen zur Ausübung der Verwaltung bestimmt, sondern durch die Gestaltung des Organs, das sie bekleiden.» (BGE 44 II 138.)

Andererseits decken sich die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften, die im Hinblick auf die Körperschaft und deren Organisation geschaffen wurden, nicht ganz mit den Mandatsnormen. Auch die Berücksichtigung des Zeitmomentes spricht eher gegen ein mandatum. Wolfers bemerkt denn auch, dass die Subsumption keine restlose sein kann. (Wolfers, S. 27.) Es handelt sich eben hier um eines jener Rechtsverhältnisse, von denen Gierke (Genossenschaftstheorie, S. 722) sagt, dass sie zwar den Typus irgend eines Rechtsgeschäftes in sich schliessen, aber durch die Einfügung in eine sozialrechtliche Handlung der Herrschaft des reinen Individualrechtes entrückt sind. Diese Tatsache hat manche Autoren veranlasst, das Rechtsverhältnis als ein contractus sui generis zu bezeichnen.

d) Contractus sui generis.

Es ist eine bekannte Erscheinung, dass das Wirtschaftsleben oft der Rechtssetzung vorauseilt, indem es sich für seine Bedürfnisse Mittel und Wege beschafft, die von der Gesetzgebung erst nachträglich oder überhaupt nicht erfasst werden.[1]) Unter diese nicht geregelte Vertragsarten fallen zum Beispiel Vergleich, Schiedsgerichtsvertrag, Trödelvertrag, Agentenvertrag.

Die Tatsache, dass der Vertragstypus des Mandats nicht ausreicht, um die Natur unseres Rechtsverhältnisses allseitig zu erklären, verleitete manche dazu, die Rechtsfigur des contractus sui generis zu konstruieren, also das Rechtsverhältnis als ein Vertrag eigener Art zu betrachten. Gierke vertritt als hervorragendster Vertreter diese Ansicht.[2])

Man kann aber trotz dieser Theorie nicht vermeiden, auf dem Wege des Analogieschlusses die gesetzlichen Bestimmungen über dasjenige Rechtsverhältnis heranzuziehen, das dem zu ergänzenden

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 615.

[2]) Vergl. Oftinger Karl, Der Trödelvertrag, Zürich 1937.

am ähnlichsten ist. Da die nahe Verwandtschaft unseres Vertragsverhältnisses mit dem Vertrag unbestritten ist, so sind es meist Mandatsvorschriften, die analog zur Anwendung gelangen. Dies ergibt sich aus Art. 394, Abs. 2 OR, wonach Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, den analog anzuwendenden Bestimmungen des Auftrages unterstehen.

Dietler (S. 83) scheint mir mit seiner Auffassung recht zu haben, wenn er sagt: «... aber ein anderes Rechtsverhältnis des privaten oder öffentlichen Rechts zu konstruieren, das sich völlig auf vorliegenden Fall übertragen lässt, dürfte verlorene Mühe sein. Sich mit einer blossen Analogie zu helfen oder das Verhältnis einfach zu nehmen, wie es ist, und ihm einen neuen, möglichst passenden Namen zu geben, sind beides etwas verzweifelte Mittel, die hier glücklicherweise entbehrt werden können.»

Zusammenfassend geht unsere Ansicht dahin, dass zwischen dem Mitglied der Verwaltung und der Aktiengesellschaft ein privatrechtlicher Vertrag besteht, auf Grund dessen das Mitglied der Verwaltung die Erfüllung von Organfunktionen gemäss den Vorschriften des Aktienrechtes und der Gesellschaftsstatuten übernimmt. Dieser Anstellungsvertrag entspricht aber in so weitgehendem Masse der Rechtsfigur des Auftrages, dass ein contractus sui generis nicht in Frage zu kommen scheint. Mit andern namhaften Autoren möchte ich deshalb sagen, dass das Vertragsverhältnis des Verwaltungsrates mit der Aktiengesellschaft zwar nicht als Mandat, aber doch als mandatsähnlich zu bezeichnen ist. [1])

4. Kapitel.

Die Entstehung des Rechtsverhältnisses.

1. Wählbarkeitserfordernis.

Erste und hauptsächlichste Voraussetzung für die Entstehung eines Anstellungsverhältnisses als Mitglied einer Verwaltung ist die ordnungsgemässe Wahl einer bestimmten Person durch die Generalversammlung der Aktionäre. (OR 698, II.) Durch diese Wahl, beziehungsweise durch deren Annahme entsteht ein starkes Vertrauensverhältnis zwischen den Aktionären und den Mitgliedern der Verwaltung.

Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Gewählte bestimmten Erfordernissen entsprechen muss, damit ein unanfecht-

[1]) Bachmann, Festschrift für Cohn, S. 6, Wieland zit., ferner Welti, S. 45, Dietler, S. 66, usw.

bares Anstellungsverhältnis als Verwaltungsratsmitglied entstehe. Diese Voraussetzungen ergeben sich entweder ausdrücklich aus dem Gesetz oder aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sowie aus den Statuten.

A. Voraussetzungen nach Gesetz.

a) Die Aktionärqualität (OR 707).

Aus dem Absatz 2 des Artikels 707 kann man ersehen, dass es sich nicht um ein eigentliches Wählbarkeitserfordernis handelt, denn es können von der Generalversammlung auch Nichtaktionäre gewählt werden. Allerdings dann nur unter der Voraussetzung, dass sie ihr Amt erst antreten dürfen, nachdem sie Aktionäre geworden sind. Im Grunde genommen handelt es sich also um ein Erfordernis der Wahlannahme.

Der Zweck der Erfordernis der Aktionärqualität.

Offenbar steckt dahinter der Gedanke, dass durch die gleichzeitige Mitgliedschaft ein materielles Interesse am Wohlergehen des Unternehmens geschaffen werden soll und insofern nur Mitglieder der Aktiengesellschaft die geeigneten Personen für die Leitung des Unternehmens sind. Nicht alle Autoren lassen die Zweckmässigkeit dieser Vorschrift gelten. Auf jedenfall ist sie historisch sehr erklärlich. Denn ursprünglich stand die Aktiengesellschaft den personellen Handelsgesellschaften bedeutend näher, und der Aktienbesitz hatte noch vielmehr den Charakter einer Mitgliedschaft. Es war eben mehr als eine bloss materielle Beteiligung. Der Aktienbesitz wechselte auch nicht so rasch von einer Hand in die andere. Trotzdem scheint mir auch heute unter den veränderten Verhältnissen dieser Norm eine gewisse Berechtigung zuzukommen, und wäre es auch nur um der Idee willen.

Im Zusammenhang mit diesem Artikel steht die Bestimmung der Artikel 709 und 710 OR. Danach müssen die Mitglieder der Verwaltung für die Dauer ihrer Verrichtungen, die von den Statuten festgesetzte Zahl von Aktien der Körperschaft hinterlegen. Diese Norm trifft jedes Mitglied direkt. Sollten die Statuten keine Zahl nennen, so muss die Hinterlegung einer Aktie genügen.

Die Art der Hinterlegung ist den Statuten überlassen. Bestimmen sie nichts hierüber, so ist anzunehmen, dass sie bei der Gesellschaftskasse zu hinterlegen sind. Welcher Art diese Aktien sein sollen, können die Statuten bestimmen, falls verschiedene Kategorien bestehen. Schweigen diese aber sich hierüber aus, so pflegt angenommen zu werden, dass Inhaberaktien zu hinterlegen sind. Aber auch bei Namensaktien hat die Hinterlegung der Titel zu erfolgen. Denn

der Nachweis des Eintrages im Aktienbuch genügt nicht. Es wird damit noch nicht bewiesen, dass der Aktionär die Aktie noch besitzt, wenn er auch der Körperschaft gegenüber als Aktionär gilt. (OR 685, IV.)

Diese hinterlegten Aktien dienen der Körperschaft, und zwar den Aktionären und den Gläubigern als Pfand zur Sicherung ihrer Ansprüche aus der Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung. Sie sollen deshalb während der Dauer der Hinterlegung nicht veräussert werden. (OR 710.) Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat aber keinen Einfluss auf den Bestand der Verwaltungsratsstellung und zieht auch keine andern Sanktionen nach sich.

b) Die schweizerische Nationalität (OR 711).

Durch Bundesratsbeschluss wurde dem Artikel 649 altes OR in den Absätzen 5—9 die sogenannte Nationalitätsvorschrift beigefügt. Das geltende OR hat diese beibehalten und in etwas erweitert. Danach muss, falls die Verwaltung nur aus einer Person besteht, diese Schweizerbürger sein und in der Schweiz Wohnsitz haben. Falls mehrere Verwaltungsratsmitglieder vorhanden sind, muss die Mehrheit das Schweizerbürgerrecht besitzen und in der Schweiz wohnhaft sein. Von dieser Regel kann der Bundesrat Ausnahmen bewilligen, nämlich dann, wenn der Zweck der Körperschaft hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht, die sich mehrheitlich im Ausland befinden. Es muss dabei mindestens ein zur Vertretung der Körperschaft befugtes Mitglied der Verwaltung in der Schweiz wohnhaft sein. Als Sanktion schreibt Art. 711, IV, vor, dass der Handelsregisterführer der Körperschaft eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen hat, falls dieser nicht mehr besteht. Nach fruchtlosem Ablauf derselben ist die Aktiengesellschaft von Amtes wegen als aufgelöst zu erklären. Die Frage nach der Gültigkeit und den Wirkungen einer Wahl bleibt dabei offen. Denn aus der Fassung kann man nicht entnehmen, dass eine vorschriftswidrige Wahl zum vorneherein ungültig wäre. Sie ist, wie anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung, in einem Schwebezustand. Ihre Gültigkeit wird vermutet, bis die Anfechtung gutgeheissen worden ist, dann aber entfällt sie. Ob nun bei einer mehrgliedrigen Verwaltung die gesamten Wahlen dahinfallen, oder nur die der ausländischen Mitglieder, oder die der vorschriftswidrigen Ueberzahl der letzteren, ist eine bei dieser Gelegenheit sich unbedingt aufdrängende Frage.

Wir halten dafür, dass im Falle der Nichtbeachtung dieser Vorschrift, sei es durch Ergänzungswahlen, oder sei es durch teilweise

Erneuerungen, dann diese Wahlen — aber nur diese — anfechtbar sind. Frühere gültig zustande gekommene Wahlen der übrigen Mitglieder werden dadurch nicht berührt. Dabei ist aber zu beachten, dass die in ein und derselben Generalversammlung erfolgten Wahlen in ihrer Gesamtheit anfechtbar sind.

B. Voraussetzungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

a) Die Handlungsfähigkeit.

Im Interesse all derer, die mit der Aktiengesellschaft geschäftlich in Berührung kommen, dürfen nur Personen Verwaltungsräte werden, die rechtlich erheblich handeln und sich persönlich durch ihre Handlungen verpflichten können. Voraussetzung ist also die volle Handlungsfähigkeit der physischen Person. Es ist aber nicht etwa die volle Handlungsfähigkeit Wählbarkeitserfordernis, denn jedem beschränkt Handlungsfähigen kann ja die für die Verwaltungsstelle erforderliche Handlungsfähigkeit erteilt werden. Das eidgenössische Amt für Handelsregister hat denn auch die Zulässigkeit beschränkt Handlungsfähiger anerkannt, indem die Eintragung urteilsfähiger Minderjähriger als Verwaltungsräte zugelassen wurde. (Vergl. die Zeitschrift «Die schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich, II, S. 139.)

Dagegen kann eine juristische Person nicht Verwaltungsratsmitglied werden, denn Art. 707, III, sagt, dass an ihrer Stelle Vertreter, aber nicht sie selber in einen Verwaltungsrat gewählt werden kann. Mit dieser Bestimmung hat das neue OR der erhöhten persönlichen Verantwortlichkeit seinen Ausdruck geben wollen.

C. Voraussetzungen nach den Statuten.

Auch die Statuten können Bestimmungen darüber aufstellen, wer als Mitglied der Verwaltung auftreten kann. Innerhalb des Gesetzes sind die Gründer völlig frei in der Festsetzung des Inhaltes solcher Vorschriften.

Die statutarischen Wählbarkeitserfordernisse lassen sich natürlich nicht abschliessend aufzählen, und näher darauf einzutreten, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen.

5. Kapitel.

Die Wirkungen des Rechtsverhältnisses.

A. Die Art der Erfüllung der Aufgabe.

1. Persönliche Erfüllung.

Es kann sich bei Gelegenheit die Frage stellen, ob die Mitglieder der Verwaltung ihre Tätigkeit persönlich ausüben müssen. Die Möglichkeit besteht, dass ein Verwaltungsrat aus irgend einem Grunde verhindert ist, seine Funktionen selbst zu erfüllen, aber trotzdem sein Stimmrecht im Verwaltungsrat geltend machen möchte. Kann er nun einen Stellvertreter zur Sitzung der Verwaltung entsenden oder ist es möglich, einem seiner Kollegen seine Stimme abzutreten?

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Verwaltung als Organ ihre Tätigkeit selbst auszuüben hat, abgesehen von der in Art. 717 OR erwähnten Ausnahme. Denn die Verteilung der Aufgaben durch Gesetz und Statut wäre ja ganz überflüssig, wenn diese von den Organträgern beliebig weiter übertragen werden könnte. Genau gleich verhält es sich beim einzelnen Mitglied der Verwaltung, das zur persönlichen Ausübung seiner Tätigkeit verpflichtet ist. Schliesslich wählt die Generalversammlung einen bestimmten Verwaltungsrat, dem sie ihr Vertrauen schenkt in höchst persönlicher Weise. Eine willkürliche Stellvertretung durch einen beliebigen Stellvertreter scheint auch nicht der Sinn des zwingenden Wahlverfahrens zu sein. Bei der einköpfigen Verwaltung käme eine solche Vertretung einer Uebertragung der Organstellung gleich, wäre also schon an sich unmöglich. Aber auch bei der mehrgliedrigen Verwaltung scheint mir eine solche Stellvertretung unmöglich zu sein, weil dadurch der kollegiale Aufbau des Organs gefährdet wäre. Diese Ansicht ist übrigens allgemein vorherrschend. [1])

Dagegen ist nicht zu bestreiten, dass die Verwaltungsräte bei der Erfüllung ihrer Aufgabe sich der Arbeit von Hilfspersonen bedienen können. Deren Tätigkeit wird aber immer eine unselbständige sein und kann nie in der Teilnahme an der Arbeit des Kollegiums selbst bestehen. Näheres siehe im folgenden.

2. Sorgfältige Erfüllung.

Art. 722 OR besagt, dass die Verwaltung die Geschäfte der Körperschaft mit aller Sorgfalt zu leiten hat. Der Begriff Sorgfalt kann nun aber als sehr weit gespannt aufgefasst werden. Erst bei der

[1]) Bachmann, N. 3 zu Art. 649 OR.

Anwendung auf einen gegebenen Tatbestand lässt sich nach Würdigung aller Umstände bestimmen, ob die Pflichterfüllung durch die betreffende Person sorgfältig und treu war oder nicht. Wir haben im römischen Recht die Sorgfalt des « diligens pater familias » und im deutschen Handelsrecht die des ordentlichen Geschäftsmannes als Masstab.

Immerhin ist zu sagen, dass schon bei der Annahme der Wahl das Mitglied der Verwaltung erstmals die erforderliche Sorgfalt anzuwenden hat. Denn in der Annahme liegt stillschweigend die Erklärung, dass der Verpflichtete imstande und auch gewillt ist, seine Aufgabe zu erfüllen. Weiss aber einer z. B. zum vorneherein oder müsste er erfahrungsmässig wissen, dass er den ihm gestellten Aufgaben nicht gewachsen ist, und nimmt er trotzdem an, dann hat er schon mit der Annahme der Wahl mangelnde Sorgfalt gezeigt.

Das Mass der Kenntnisse und Fähigkeiten eines Verwaltungsratskandidaten hängt naturgemäss von der Art des Unternehmens und seiner inneren Organisation ab. Auf jedenfall ist ein bestimmtes Mindestmass von kaufmännischer Kenntnis unerlässlich. Denn die Aktiengesellschaft ist immer irgendwie Kaufmann, selbst wenn ihr Zweck ein nicht wirtschaftlicher ist. Des weitern spielt auch die Zeitfrage eine wichtige Rolle. Nur wer Zeit und Gelegenheit hat, darf ein solches Amt annehmen, denn sonst läuft er Gefahr, wegen Vernachlässigung seiner Pflichten zur Verantwortung gezogen zu werden. [1])

In diesem Sinne äussert sich auch das Bundesgericht. (Nicht veröffentlichtes Urteil der ersten Zivil Abt. in Sachen Kohler & Konsorten gegen Santschi & Konsorten vom 13. Oktober 1937.) In der Frage der Verantwortlichkeit im allgemeinen, so führt der Gerichtshof aus, könne der Verwaltungsrat sich nicht auf die Unkenntnis der Verfehlungen des Verwalters in der Geschäftsführung berufen. Wenn er sich über den wahren Sachverhalt wirklich keine Rechenschaft gegeben habe, so könne dies nur damit erklärt werden, dass er seine Verwaltungspflichten in gröblicher Weise vernachlässigt habe, oder aber, dass er subjektiv nicht über die nötigen Voraussetzungen zur Ausübung des übernommenen Mandates verfügte. Das eine oder das andere müsse ihm aber als Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden und genüge zur Begründung seiner Verantwortlichkeit. (Vergl. BGE 27, II, 104; 30, II, 319.)

Das subjektive Ungenügen für die Erfüllung der übernommenen Pflichten ist also nach Ansicht des Bundesgerichtes als Fahrlässigkeit zu bewerten.

---

[1]) Fick und Schneider, Vorbemerkung 23 zu Art. 394 OR.

Ebenso haben Leute, die sich in den Verwaltungsrat haben wählen lassen, die mangelnde Einsicht als Verschulden zu vertreten. Wenn z. B. die Generalversammlung Rückvergütung beschliesst, die mangels eines Gewinnes in Wirklichkeit Rückzahlung von Grundkapital bedeutet, so ist ein solcher Beschluss rechtswidrig und daher nichtig. Der Verwaltungsrat darf einen solchen Beschluss gar nicht ausführen.[1]) Pflicht und Aufgabe des Verwaltungsrates ist es, die Generalversammlung auf die Unstatthaftigkeit solcher Beschlüsse aufmerksam zu machen, und erst wenn diese sich über solche Hinweise hinwegsetzt, kann der Verwaltungsrat sich allenfalls auf die erteilte Entlastung berufen. Gibt sich der Verwaltungsrat über die Unzulänglichkeit dieser Massnahme selber keine Rechenschaft, so vermag ihn diese Unkenntnis im Gegensatz zu der Generalversammlung nicht zu entlasten. Laut Art. 722 OR hat die Verwaltung die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen. Die Tatsache, dass die Generalversammlung als Wahlkörper die übrigen Organe der Körperschaft ernennt oder abberuft, Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz und Geschäftsbericht abnimmt, die Geschäftsführung der Verwaltung genehmigt, über die Verwendung des Reingewinnes beschliesst und die Dividenden bestimmt, alles Befugnisse, die unübertragbar sind, lassen mit Recht die Generalversammlung als oberstes Organ erscheinen. Aber es ist nicht zu bestreiten, dass eine Verwaltung in den meisten Fällen die tatsächliche Führung der Aktiengesellschaft an sich zu ziehen vermag. Fast möchte ich sie mit dem Hirn und die Generalversammlung mit dem Herz der Körperschaft bezeichnen, wobei beide Organe eben aufeinander angewiesen sind. (Vergl. weiter vorn: das Führerprinzip.)

Wir haben gehört, dass die Verwaltung alle statuten- und gesetzesmässigen Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen hat. Ist aber ein Beschluss gesetz- oder statutenwidrig, so entsteht für die Mitglieder der Verwaltung eine Pflichtenkollision. Einerseits hat der Verwaltungsrat nach Art. 722, I, OR die Beschlüsse der Generalversammlung durchzuführen, andererseits wird er bei der Durchführung eines gesetzes- oder statutenwidrigen Beschlusses für den daraus entstehenden Schaden haftbar. Allerdings sind solche Beschlüsse nach Art. 706 OR ausdrücklich anfechtbar. Bis zur erfolgreichen Anfechtung sind sie aber in einem Schwebezustand. Nach Ensslin (S. 45 ff) sind derartige Beschlüsse vorläufig rechtswirksam. Erst durch den gerichtlichen Entscheid über eine Anfechtungsklage wird die Pflichtenkollision für die Verwaltungsräte behoben. Wird die Anfechtung gutgeheissen, so entfällt der Be-

---

1) Lehmann, Bd. 2, S. 431 f.

schluss. Wird sie abgewiesen, so steht seine Statuten- und Gesetzmässigkeit fest, und der Verwaltungsrat hat zu seiner Durchführung zu schreiten. Es kann demnach ein sorgfältig handelnder Verwaltungsrat bei der Durchführung eines Generalversammlungsbeschlusses, an dessen Gesetzes- oder Statutenmässigkeit er zweifelt, nur mitwirken, wenn er die Generalversammlung auf die mögliche Statuten- oder Gesetzeswidrigkeit aufmerksam gemacht hat und ebenso auf den möglichen Schaden, der dadurch entstehen könnte. Wenn sich aber die Aktionäre unbedingt und trotz Warnung der Gefahr einer möglichen Schädigung aussetzen wollen, dann ist das ihre Sache. Ich glaube nicht, dass in einem solchen Falle der Verwaltung ein Haftungsanspruch entgegengehalten werden kann, mit der Begründung, sie hätte aus der Pflicht der sorgfältigen Erfüllung ihrer Aufgabe Anfechtungsklage erheben sollen, um sich Klarheit zu verschaffen. Ich stelle mich hier in Gegensatz zu Kolb (Kolb, S. 64), der meint, in einem solchen Falle habe die Verwaltung die Pflicht zur Anhebung der Anfechtungsklage.

Im übrigen stellt sich noch in diesem Zusammenhang die Frage, ob Beschlüsse, die gegen das Gesetz verstossen, nicht schon an sich nichtig seien, also nicht bloss nur anfechtbar.

Dass Verträge mit widerrechtlichem Inhalt nichtig sind, regelt Art. 19/20 OR. Dass aber gesetzwidrige Beschlüsse schon an sich nichtig sind, ist schon rein aus Zweckmässigkeitsgründen vollständig abzulehnen. Weitere Ausführungen erübrigen sich, da sich das Gesetz ganz eindeutig auf den Standpunkt stellt, dass solche Beschlüsse anfechtbar und demzufolge eben nicht nichtig sind. Es ist sogar die Anfechtbarkeitsfrist auf zwei Monate beschränkt (OR. 706, IV), worauf dann solche an sich gesetzeswidrige Beschlüsse rechtskräftig werden. Diese Regelung müsste an sich überraschen, aber offenbar wurde sie getroffen aus Zweckmässigkeitsgründen und aus Gründen der Rechtssicherheit.

B. Das Problem des Selbstkontrahierens.

Es drängt sich in diesem Zusammenhang unbedingt die Frage auf, ob mit der Pflicht der sorgfältigen Erfüllung der Geschäfte ein Kontrahieren mit sich selbst vereinbar ist. Mit andern Worten, ist es zulässig, dass ein Mitglied der Verwaltung z. B. bei der Beratung und Beschlussfassung über ein Geschäft teilnimmt, an dem es ein indirektes Interesse hat oder das die Aktiengesellschaft gar mit ihm selbst abzuschliessen beabsichtigt? Das spielt insbesondere auch eine wichtige Rolle bei der Vertretung. Man vergleiche deshalb das Folgende! (Seite 36.)

6. Kapitel.

Die Vertretungsmacht.

1. Allgemeines.

Wir haben festgestellt, dass die Verwaltung das zur Geschäftsführung und Vertretung befugte Organ der Aktiengesellschaft ist. [1]) Die Vertretung, auch äussere Geschäftsführung genannt, besteht im Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten. [2]) Oft stehen der Verwaltung beide Befugnisse zusammen zu, denn beide sind zu einer aktiven Geschäftsführung notwendig. Trotzdem kommt es häufig vor, dass einem Mitglied der Verwaltung nur die innere Geschäftsführung zugestanden wird. Es wird dadurch im schweizerischen Recht eine Zweiteilung der Verwaltung in einen Aufsichtsrat (nur innere Geschäftsbefugnisse) und in einen Vorstand (Direktion, Delegierter des Verwaltungsrates) erreicht (OR, 713, 717). Noch deutlicher geht diese Tendenz aus den Bestimmungen des Art. 722 OR, insbesondere aus Absatz 2, hervor, wonach der Verwaltungsrat mehr ein überwachendes, denn ein ausführendes Organ ist. Die Geschäftsleitung liegt denn auch heute ganz allgemein bei der Direktion. Diese Bestimmungen des Art. 722 OR sind übrigens trotz der Möglichkeit, die Kompetenz der Verwaltung im Innenverhältnis einzuschränken, als das Pflichtenminimum anzusehen.

Dass jemand zur Vertretung, nicht aber zur inneren Geschäftsführung berechtigt ist, erscheint undenkbar. [3])

2. Der Umfang der Vertretungsmacht.

Während nach allgemeinen Grundsätzen der Vertretene den Umfang der Vertretungsmacht, das ist das Rechtsverhältnis, vermöge dessen das Verhalten des Vertreters für den Vertretenen wirksam ist, frei bestimmen kann, ist der Umfang der Vertretungsmacht der Vertreter von Handelsgesellschaften in den meisten Fällen durch das Gesetz festgelegt. [4])

Die Unabhängigkeit des gesetzlichen Umfanges der Vertretungsmacht vom Umfang der Vertretungsbefugnis hat sich aus Gründen der Rechtssicherheit durchgesetzt. Denn es sollen im Interesse eines reibungslosen rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit der Aktiengesell-

1) Wieland, II, S. 127, Siegwart, OR, 535, N. 2 ff.
2) Siegwart, OR, 535, N. 2 ff.
3) Egger, ZGB, 54/55, N. 12.
4) v. Tuhr, OR I, 283, vergl. auch OR, Art. 721/22.

schaft Dritte nicht mit der Prüfung belastet werden, in welchem Umfang dem Körperschaftsvertreter Vertretungsbefugnis zusteht. In dieser Hinsicht ist das Vertrauen auf die Verhältnisse, wie sie nach aussen in Erscheinung treten, ein unbedingtes Erfordernis.

3. Die juristische Natur der Vertretungsmacht.

Die juristische Natur der Vertretungsmacht ist umstritten. Von Tuhr erblickt in der Vertretungsmacht ein sogenanntes sekundäres Recht, eine Machtbefugnis, im Gegensatz zu den primären Rechten, den sogenannten Herrschaftsrechten (von Tuhr, S. 19). Zittelmann sieht in ihr ein Gestaltungsrecht und bezeichnet den eigenartigen Inhalt dieses Rechtes als «Recht des rechtlichen Könnens» (Zit. bei v. Tuhr, BGB I, S. 160). Oser bestreitet, dass die Vertretungsmacht ein Recht sei. Er sieht in ihr eine blosse Fähigkeit, eine Macht (Oser, OR *32*, N 13). Ebenso Kohler, der die Vertretungsmacht nicht zu den Rechten zählt, sondern sie als Rechtslage bezeichnet (Kohler in v. Tuhr, BGB, S. 167, Anm. 27).

Die beiden letzteren Autoren erkennen richtig, dass die Vertretungsmacht zwar ihrem Träger eine Macht der Fremdwirkung verleiht, aber nicht die Befugnis, solche Handlungen vorzunehmen. So wird die Verwaltung schadenersatzpflichtig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Vertretungsmacht, aber ausserhalb der von der Aktiengesellschaft vertraglich eingeräumten Vertretungsbefugnis handelt (OR 754, I). Ob man aber die Vertretungsmacht zu den Rechten zählen will oder nicht, hängt letzten Endes von dem Inhalt ab, den man dem subjektiven Rechte gibt. Definiert man es mit Savigny, als die einem Rechtssubjekt von der Rechtsordnung eingeräumte Willensmacht, so fällt die Vertretungsmacht auch darunter. Ihering dagegen bezeichnet das subjektive Recht als Rechtsgeschäftsinteresse; nach ihm ist nicht der Wille, sondern der Nutzen die Substanz des Rechtes (Ihering, Geist des römischen Rechtes, erste Auflage, § 60). Der Nutzen der Vertretung kommt aber grundsätzlich dem Vertretenen zu. Rechtssubjekt ist demnach der Vertretene.

4. Die Regelung der Vertretungsmacht.

Bei der Regelung der Vertretungsmacht sind zwei Interessen zu berücksichtigten:

a) Das Interesse der Körperschaft, den Umfang der Vertretungsmacht nach ihren persönlichen Verhältnissen zu gestalten und einzuschränken.

b) Das Interesse des Dritten an einem weiten, gesetzlich umschriebenen und mit zwingender Geltung versehenen Umfang der Vertretungsmacht.

Das OR versuchte, diesen beiden Gegensätzen gerecht zu werden. Es gibt nämlich der Körperschaft die Möglichkeit, den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht nach ihren individuellen Bedürfnissen einzuschränken, wobei die Nichtbeachtung dieser Einschränkungen Bösgläubigkeit des Dritten zur Folge hat.

Nach aussen ist die Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt, unter Vorbehalt der im Handelsregister eingetragenen Bestimmungen, über die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Führung der Firma (OR 718, II). Ich möchte hier die Botschaft des Bundesrates anführen (aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des Schweiz. OR, S. 50), welche sagt:

Grundsätzlich geht Geschäftsführung und Vertretung von der gesamten Verwaltung aus, aber nur wenn die Statuten oder in diesen vorgesehene Reglemente nichts Gegenteiliges bestimmen. Diese können vorschreiben, dass Geschäftsführung und Vertretung unter die einzelnen Mitglieder zu verteilen sind. Sie können aber weiter die Generalversammlung oder die Verwaltung ermächtigen, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung zu übertragen, und zwar an Mitglieder der Verwaltung oder an Dritte. Letztere brauchen nicht Aktionäre zu sein. Kraft dieser Delegation werden diese zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Dritte wie Organe der Körperschaft behandelt, womit auch ohne weiteres ihre Verantwortlichkeit, gemäss Art. 754 OR, und die Haftung für die von ihnen in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen begangenen unerlaubten Handlungen gegeben sind (OR 718, III).

In bezug auf Umfang und Beschränkung der Vertretung wurde die Parallele mit der Kommandit- und Kollektivgesellschaft hergestellt, mit der Abweichung, dass ausser der einschränkenden Bestimmung über gemeinsame Führung der Firma bei der Aktiengesellschaft auch die Beschränkung auf Haupt- und Zweigniederlassung möglich ist.

Die Expertenkommission hat es abgelehnt, die Unverbindlichkeit einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten davon abhängig zu machen, dass eine betrügliche Kollision vorliegen müsse. Ist eine Beschränkung vom Dritten bekannt, so genügt das um den guten Glauben zu zerstören.

Das Bedürfnis, die Vertretungsvollmacht zu beschränken auf eine Filiale einerseits, oder auf die Hauptniederlassung andererseits, steht in der Ueberlegung begründet, der Kompetenzenkreis könnte für den einen oder andern Teil zu gross sein. Das alte OR kannte nur die Beschränkung auf den Filialenvertreter. Konsequenterweise hat man diese Einschränkung auch auf den Geschäftskreis der Hauptniederlassung ausgedehnt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich demnach, dass unter Vertretungsbefugnis das Recht zur Vertretung aus dem Vertragsverhältnis Vertretener — Vertreter, unter Vertretungsmacht aber die durch Vollmacht oder gesetzliche Norm (Organschaft) geschaffene rechtliche Eigenschaft, vermöge derer das Verhalten des Vertreters Dritten gegenüber für den Vertretenen wirksam ist, verstanden werden muss. [1])

Grundsätzlich haftet für den Schaden aus unerlaubter Handlung die eine zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht, die Körperschaft, und zwar nicht wie üblich nach den Grundsätzen des Art. 55 OR, sondern nach denen von Art. 41 ff OR. Damit ist ein wichtiges Unterscheidungskriterium, Vertretungs-Organ, beiseite geschoben worden. Denn gerade dadurch, dass die juristische Person für Schaden aus unerlaubter Handlung der Organe haftet, unterscheidet sich das Organ von der blossen Vertretung.

5. Die Stellung des Verwaltungsrates bei Interessenkollision mit der Aktiengesellschaft.

Die Frage, ob der Verwaltungsrat seine Machtbefugnisse, d. h. seine Vertretungsmacht, auch dann ausüben kann, wenn sein eigenes Interesse dem Interesse der Körperschaft widerspricht, hat im OR keine ausdrückliche Regelung gefunden. Es sollen hier wie bisher die «Grundsätze der allgemeinen Rechtsordnung», das ungeschriebene Recht zur Anwendung gelangen.

Gemeint ist hier die Frage, ob der Verwaltungsrat beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten auch selbst als Kontrahent auftreten kann. Mit andern Worten, dass er einen Vertrag schliesst, in dem er einerseits in eigenem Namen die Rolle des einen Vertragsteils, andererseits als Vertreter der Körperschaft, die der Gegenseite spielt. Die juristische Möglichkeit dieses Vorgehens ist heute, im Gegensatz zu früher, nicht mehr bestritten. [2])

---

[1]) Siegwart, OR, 539, N. 5.

[2]) v. Tuhr, S. 295.

Das Bundesgericht äussert sich dazu wie folgt (BGE 39, II, 561): In der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes war die Frage der Zulässigkeit des Kontrahierens mit sich selbst seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts bestritten, nachdem sie ursprünglich allgemein verneint worden waren. § 181 BGB hat diese Streitfrage für das Geltungsgebiet dieses Gesetzbuches positivrechtlich dahin entschieden, dass, von den reinen Erfüllungsgeschäften abgesehen, das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst nur da zulässig sei, wo es dem Vertreter «gestattet» sei. Stillschweigende Gestattung seitens des Vertretenen ist möglich. Wesentlich ist aber dabei immer die Frage, ob und inwieweit bei bestimmten Arten von Geschäften die Gefahr einer Uebervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht. Insofern eine solche Gefahr gegeben ist, ist es offensichtlich, dass das Selbstkontrahieren des Vertreters dem Willen des Vertretenen nicht entspricht, mit andern Worten, dass der Vertretene dem Vertreter das Selbstkontrahieren nicht gestattet haben kann, weder ausdrücklich noch stillschweigend.

Darnach, so schliesst das Bundesgericht, und weil sonst der Vertretene in allen denjenigen Fällen, in denen die paulianische Anfechtung ausgeschlossen ist und in denen auch die Schadenersatzklage aus dem Mandatsverhältnis versagt — weil z. B. der eingetretene Schaden nicht nachweisbar ist — den verschiedenartigsten unlauteren Machenschaften seitens des Vertreters schutzlos preisgegeben wäre, darf auch für das schweizerische Recht der Satz aufgestellt werden, dass das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst, von den reinen Erfüllungsgeschäften abgesehen, grundsätzlich unzulässig ist. Eine Ausnahme greift nur da Platz, wo keine Gefahr der Uebervorteilung des Vertretenen besteht, und daher anzunehmen ist, jener habe diesem das Selbstkontrahieren gestattet.

Immer scheint das Selbstkontrahieren als unzulässig, wenn es sich um den Verkauf von Waren handelt, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben und deren Verkaufspreis etwa auch nicht ein für allemal vom Vertretenen festgesetzt worden ist, oder wenn zwar ein solcher Preis festgesetzt worden war, der Vertreter aber unter diesem Preis an sich selbst verkauft hat, oder wenn es sich um Waren handelt, die überhaupt nicht zum Verkaufe bestimmt waren, oder endlich, wenn sie zwar zum Verkauf an Konsumenten bestimmt waren, im konkreten Fall aber nur zum Zwecke der Deckung des Vertreters für eine ihm gegen den Vertretenen zustehende Forderung erfolgt ist, so dass es sich, wirtschaftlich gesprochen, entweder um eine Verpfändung oder um eine Hingabe an Zahlungsstatt handelt. In all diesen Fällen liegt der Verdacht nahe, dass der Vertreter seine Stellung dazu missbraucht, um sich selber auf Kosten

des Vertretenen einen Vorteil zukommen zu lassen, bestehe dieser Vorteil nun in einer Erwerbung der Ware zu einem niedrigeren Preis als den Verkehrswert, oder in der Erwerbung eines sonst überhaupt nicht käuflichen Gegenstandes, oder endlich in der Befriedigung oder Sicherstellung des Vertreters für eine gefährdete oder schwer zu realisierende Forderung. Aus ähnlichen Gründen hat das ZGB z. B. in Art. 392, II, für den Fall eines Interessenkonfliktes in der Person des gesetzlichen Vertreters die Ernennung eines Beistandes vorgesehen. (Zit. BGE 39, II, 561.)

Dieses vom Bundesgericht allgemein abgeleitete Verbot ist in der Folge auch in der Anwendung auf den vertretungsberechtigten Verwaltungsrat anerkannt worden. (BGE 50, II, 183, und Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins V, 61, S. 392, und Egger, N 15 zu Art. 54/55 ZGB.)

Das Bundesgericht kommt hinsichtlich der Doppelvertretung zu folgendem Ergebnis (BGE 63, II, 173):

Auch im Falle der Doppelvertretung liegen in der Regel Interessengegensätze vor, aus denen die Gefahr erwächst, dass der gemeinsame Vertreter die eine Partei zum Nachteil der andern begünstigen möchte.

Das Bundesgericht stellt hier im folgenden fest, dass der Vertrag nicht schlechthin nichtig war, sondern dass der Mangel der Ueberschreitung der Handlungsmacht durch Genehmigung seitens eines neuen Verwaltungsrates hätte geheilt werden können, allenfalls auf Fristansetzung seitens der Genossenschaft hin. Es handelt sich hier nämlich um die Frage der Verbindlichkeit des zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft durch ein und dieselbe Person abgeschlossenen Vertrages, wobei die handelnde Person gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft und einziges Vorstandsmitglied der Genossenschaft war.

Mangels einer solchen Genehmigung wurde indessen das Rechtsgeschäft als nicht zustande gekommen betrachtet. In der Begründung wird ausgeführt, dass das Kontrahieren eines Stellvertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig ist nach der Bundesgerichtspraxis, und dann weiter dargetan, dass für die Doppelvertretung die Interessenlage dieselbe ist. Wer Organstellung hat, handelt allerdings nicht als in einem Stellvertretungsverhältnis stehender Dritter, sondern bringt unmittelbar den Willen der Verbandsperson zum Ausdruck. (Art. 55 ZGB.) Allein er hat wie ein gewöhnlicher Vertreter persönliche Interessen, die denen der Verbandspersonen zuwiderlaufen können, und wenn er für zwei Parteien zugleich als Organ handelt, besteht die Gefahr der Bevorzugung der einen

Partei ebenso wie beim Geschäftsabschluss durch einen gemeinsamen Drittvertreter.

Dazu ist zu bemerken, dass bei einem Interessenwiderstreit, wie ihn das Selbstkontrahieren darstellt, die Gefahr tatsächlich besteht, dass das persönlich interessierte Organmitglied seine Objektivität verliert und bewusst oder unbewusst das eigene Interesse in den Vordergrund stellt. Natürlich besteht kein Zweifel, dass in einem solchen Fall das Verwaltungsratsmitglied infolge seiner besonderen Stellung und dem damit verbundenen Treueverhältnis verpflichtet ist, ausschliesslich die Interessen der Aktiengesellschaft wahrzunehmen und nichts zu unternehmen, was diesen widerspricht. Ist ihm eine solche Pflichterfüllung aus menschlichen oder andern Gründen nicht möglich, dann hat es von solchen Geschäften abzustehen. Denn andernfalls erfolgt Haftung aus der fahrlässigen oder möglicherweise absichtlichen Verletzung der ihm obliegenden Pflichten (Art. 754 OR).

Wir ersehen daraus, dass das Problem nicht so sehr ein juristisches, als vielmehr ein moralisches ist.

Denn ohne Zweifel ist ein Vertragsschluss mit sich selbst denkbar, ohne dass die Körperschaft in irgend einer Weise zu Schaden kommt.

Wie verhält es sich nun, wenn eine besondere Ermächtigung durch die Körperschaft vorliegt und wer kann eine solche überhaupt erteilen?

Das französische Recht sieht hierfür die Generalversammlung als die einzig in Frage kommende Instanz an. Zweifellos steht diesem sogenannten obersten Organ der Aktiengesellschaft diese Befugnis zu. Ich halte aber dafür, dass auch der Verwaltungsrat dazu berechtigt ist, nämlich dann, wenn die Mehrheit der Verwaltung ohne die Stimme des interessierten Verwaltungsrates für die Ermächtigung eintritt. Unter diesen Umständen scheint eine Beeinflussung des Beschlusses durch Sonderinteressen unwahrscheinlich geworden zu sein. Dass eine solche Regelung nur bei einem mehrgliedrigen Verwaltungsrat möglich ist, braucht nicht weiter bemerkt zu werden.

Das französische Recht ist in dieser Beziehung viel schärfer. Es verbietet nicht nur das eigentliche Selbstkontrahieren, sondern überhaupt jedes Geschäft, an dem ein Mitglied der Verwaltung direkt oder indirekt interessiert ist. Dieses Verbot wird nur dann nicht rechtswirksam, wenn der Ausnahmefall eintritt, dass die Generalversammlung ein solches Geschäft ausdrücklich genehmigt. [1]

---

[1]) Pic P., Bd. II, N. 2, S. 50.

Es kann ferner vorkommen — der Fall ist in der Praxis nicht einmal selten — dass eine Person, die gleichzeitig Organ zweier einen Vertrag abschliessenden juristischen Personen ist, nur für die eine als Vertreter auftritt, während sie bei der andern eine Drittperson veranlasst, den Vertragsabschluss vorzunehmen. Auch in diesem Fall besteht eine Gefahr der Uebervorteilung der einen oder der andern Partei.

Es ist hier die Ansicht vorherrschend, dass trotzdem das Rechtsgeschäft als gültig anzusehen ist, bezw. es wird die Genehmigung vermutet. Die Beweislast für das Fehlen einer Interessenkollision aber wird immer der Partei zufallen, die das Bestehen des Vertrages behauptet.

ZWEITER TEIL.

7. Kapitel.

Schuld und Haftung im allgemeinen.

Das Problem «Schuld und Haftung» ist ein überaus weittragendes und wurde schon im germanischen Recht als solches erkannt und eingehend behandelt. Eine umfangreiche Literatur bestätigt dies. Ich verweise besonders auf Gierke, Lehmann, Burckhardt, v. Tuhr, Oertmann usw.

Es wäre tatsächlich unmöglich, in diesem Rahmen auch nur oberflächlich auf dieses Problem einzutreten. Ausserdem dürfte es zum Verständnis des folgenden auch gar nicht als Mangel empfunden werden, wenn dieses weitschichtige Rechtsgebiet nicht berührt wird, so dass ohne weiteres zum Haftungsproblem bei der Aktiengesellschaft übergegangen werden kann.

1. Die Grundlage des Haftungsproblems bei der Aktiengesellschaft.

Wir wissen, dass Körperschaften, die selbständige Rechte und Pflichten haben, juristische Personen heissen. Mit Ausnahme der nicht zu ihrem Wesen passenden familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäfte, können juristische Personen alle Verträge abschliessen und die hieraus erwachsenden Pflichten übernehmen, für deren Erfüllung weder das einzelne Mitglied der Körperschaft noch die Gesamtheit der Mitglieder, sondern allein die Körperschaft mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Das Rechtssubjekt der juristischen Person ist, wie Staub (vergl. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch) es ausdrückt, durch das die Körperschaft umschlingende Band und nicht durch die Gesamtheit der darin verbundenen Mitglieder verkörpert.

Es fehlen der Aktiengesellschaft die einer natürlichen Person eigenen Sinne und natürlichen Fähigkeiten. Wenn ihr die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen und sie damit als willensfähiges, zweckverwirklichendes Wesen anerkannt hat, so muss sie

für einen Ersatz der natürlichen Organe besorgt sein, die für das Gebilde der Aktiengesellschaft handeln können. Das Gesetz hat nun, wie wir gesehen haben, der Aktiengesellschaft in Form der Generalversammlung, des Verwaltungsrates und des Kontrollorgans seine drei essentiellen Organe gegeben.

Das Gesetz hat diesen Organen bestimmte Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft auferlegt und sie gleichzeitig zu Schuldnern der Aktiengesellschaft gemacht. Dieses Schuldverhältnis erzeugt für die Aktiengesellschaft den Anspruch einerseits auf getreue Pflichterfüllung, andererseits auf Ersatz des Schadens, welcher der Körperschaft durch pflichtwidriges Verhalten der Organe erwächst. Dies wäre eigentlich eine Selbstverständlichkeit eines jeden Schuldverhältnisses. Allein das Verhältnis der Organe zu ihrer Körperschaft ist kein Schuldverhältnis allgemein rechtlicher Natur, sondern ein solches besonderer Art. Haben doch die Organe der Aktiengesellschaft, wie wir vorne gesehen haben, eine ganz andere Verantwortung, als zum Beispiel ein auf Dienstvertrag von der Aktiengesellschaft sonstig angestellter Beamter. Aus diesem Grunde verlangt das Gesetz von ihnen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.

Unter Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist diejenige Sorgfalt zu verstehen, die ein ordentlicher Kaufmann anzuwenden pflegt, der derartige geschäftliche Unternehmungen auf eigene Rechnung leitet. Die Aktiengesellschaft kann daher den Verwaltungsrat und das Kontrollorgan so oft zur Verantwortung ziehen, als ihr durch ausserachtlassen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes auf Seiten ihrer Organe bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten Schaden erwachsen ist. Das ist der Inhalt des der Aktiengesellschaft eigenen besonderen Rückgriffrechtes.

Die aus diesem Rückgriffsrecht der Aktiengesellschaft entspringenden Leistungen der Verwaltung sind teils gesetzlicher, teils statutarischer Natur. Die Beweislast verteilt sich dergestalt, dass dem in Anspruch genommenen Verwaltungsratsmitglied nachzuweisen ist, es sei durch sein Verhalten ein Schaden entstanden. Dass es dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt habe, braucht nicht der Geschädigte zu beweisen. Denn die Behauptung, dass das Verwaltungsratsmitglied eben diese Sorgfalt nicht aufgewendet hat, weist an sich schon auf einen Umstand hin, der, wäre er nicht eingetreten, die Entstehung des Schadenersatzanspruches überhaupt verhindert hätte. (Vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB, Vorbem. 6 zu § 1.) Das Verwaltungsratsmitglied

muss vielmehr dartun, dass es seine Pflicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfüllt hat.[1])

Grundsätzlich haftet der Verwaltungsrat für alle von ihm getätigten Rechtsgeschäfte, es sei denn, dass er gutgläubig war oder dass er durch einen Generalversammlungsbeschluss hierzu verpflichtet wurde.

Aber genau so wie es unmöglich ist, alle Pflichten des Verwaltungsrates restlos aufzuzählen, ebenso ausgeschlossen ist es auch, alle einzelnen Haftungsmöglichkeiten zu erörtern. Als gemeinsamer Nenner gilt die Haftung aus Art. 754 OR in Verbindung mit Art. 759 OR, der Bezug nimmt auf die Solidarhaftung. Ich werde im folgenden auf diesen Artikel zurückkommen. Ganz allgemein könnte man etwa so sagen: Haftungsbegründend wirkt jede Verletzung, ob vorsätzlicher oder fahrlässiger Natur, aller durch Gesetz, Statuten, Reglemente oder Verträge aufgestellten Verpflichtungen. Gesetzeskenntnis ist deshalb wichtig und liegt im eigenen Interesse des Verwaltungsrates.

Kohli (S. 48) bezieht folgende Stellung zu Art. 754 OR: «Diese Bestimmung bedeutet insofern eine Verschärfung der Haftung, als diese Organe bisher nur der Gesellschaft gegenüber für jedes Verschulden hafteten, während sie es jetzt auch den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber tun.» Er bemerkt dazu u. a., dadurch bewirke man, dass der vorsichtige Unternehmer zurückhalten werde, während der Rücksichtslose weiter unbekümmert Schaden stiften werde.

Kohli scheint mir mit dieser Auffassung denn doch etwas zu schwarz zu sehen, denn zwischen dem unbekümmert Schaden Stiftenden und dem vorsichtigst Zurückhaltenden steht die Mehrzahl jener, welche, ohne die geschäftliche Initiative zu verlieren, die neuen Bestimmungen des Gesetzes zum Nutzen der Körperschaft und zu ihrem eigenen Vorteil beobachten werden.

Aus der Stellung der Körperschaft als juristische Person (vergl. Tuor, S. 97) ergibt sich, dass eine direkte Inanspruchnahme der Gesellschaftsorgane durch die Geschädigten ausgeschlossen ist. Eine direkte Klage der Gläubiger gegen die Verwaltung ist nur möglich, wenn die Körperschaft in Konkurs geraten und aufgelöst worden ist (OR 758). In allen andern Fällen können sie sich nur an die Aktiengesellschaft halten, indess dieser dann ein Regressanspruch an die Verwaltung zusteht.

---

[1]) Staub, Anm. 2 zu § 241 und die dort angegebene Literatur.

2. Die Solidarhaftung.

a) Im allgemeinen.

OR Art. 759 bestimmt, dass, falls mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich sind, sie solidarisch haften. Es ist klar, dass dieser Artikel genau so wie Art. 754 nicht nur für die Verwaltung gilt. In dieser Arbeit interessiert aber vornehmlich diese, weshalb in den folgenden Ausführungen auch nur sie berücksichtigt wird. Absatz 2 des Art. 759 sagt weiter, dass der Rückgriff unter mehreren Beteiligten vom Richter nach dem Grad des Verschuldens der einzelnen bestimmt wird.

Unzweifelhaft lehnt sich diese Bestimmung an Art. 50 OR an. Allein es macht sich der wichtige Unterschied geltend, dass hier eine gemeinsame Verursachung vorausgesetzt wird, dort aber die gemeinsame Verantwortlichkeit genügt. Die Bestimmung des Art. 759 OR kann nun allerdings nicht etwa den Sinn haben, dass, falls irgend ein Mitglied eines Organs seine Pflichten schuldhaft bezw. fahrlässig verletzt hat, die übrigen Mitglieder ohne Rücksicht auf ein Verschulden bezw. eigene Fahrlässigkeit mithaften. Voraussetzung der Haftbarkeit ist immer ein eigenes Verschulden — Fahrlässigkeit — des betreffenden Organangehörigen. [1])

Dagegen kann der Grad des Verschuldens ein verschiedener sein. Nehmen wir z. B. an, dass ein Mitglied der Verwaltung fortgesetzt Unterschlagungen begeht, was nur dadurch möglich ist, dass die andern Verwaltungsratsmitglieder ihre Kontrollpflicht ungenügend ausüben, dann haften die Mitglieder, eben weil sie die Kontrollpflicht verletzt haben, solidarisch mit dem direkt dolos Handelnden. Schon ein leichtes Verschulden — eine Fahrlässigkeit — bedingt die solidare Haftbarkeit mit allen Mitschuldigen, ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens der übrigen. Das leicht fahrlässig handelnde Mitglied hat keinerlei Möglichkeit, sich der Haftung zu entziehen, bis die Verantwortlichkeit der dolos oder grob fahrlässig handelnden Mitglieder festgestellt ist. Es hat also nicht die Einrede der Vorausklage. [2])

Halten wir aber noch einmal fest, dass die Verantwortlichkeit und deren Folgen die einzelnen Mitglieder treffen und nicht den Verwaltungsrat als Ganzes. Zwar sind sämtliche Mitglieder der Gesellschaft solidarisch verpflichtet, jedoch nur, soweit das einzelne Mitglied die schädigende Handlung durch eigenes Verschulden zu vertreten hat. [3])

---

[1]) Bachmann, OR, Art. 637, Anm. 2.

[2]) Welti, S. 91.

[3]) Wieland, Bd. 2, S. 131.

b) Im besonderen.

Es handelt sich hier vor allem um die Frage, ob der Verantwortliche, soweit Solidarhaft mit andern Verantwortlichen besteht, Ermässigung der Ersatzpflicht nach Art. 43/44 OR verlangen kann. Im ablehnenden Sinne äussert sich das Bundesgericht (BGE 59, II, 458). Es führt aus, dass, wenn Solidarität besteht, es im Verhältnis zum Geschädigten nicht auf die Schwere des Verschuldens ankommt, sondern es haftet der, den ein geringes Verschulden trifft, genau so für den vollen Schaden, wie derjenige, dessen Verschulden schwerer ist. Mit andern Worten, es gibt bei der echten Solidarität keine Berufung auf ein geringeres Mass des Verschuldens im Verhältnis zum Geschädigten.

Ist aber zum Beispiel nur ein Verwaltungsrat vorhanden, so kann er unzweifelhaft die allgemeinen Ermässigungsgründe von Art. 43/44 OR in Verbindung mit Art. 99 OR anrufen. Ich verweise hier auf BGE 61, II, 235. Allerdings wurde hier die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eines einzigen Verwaltungsrates nach Art. 674 altes OR verneint, dagegen diejenige aus Art. 41 OR ausgesprochen. Dabei wurde der Ersatzanspruch ganz wesentlich herabgesetzt, u. a. wegen des spekulativen Charakters des Geschäftes.

Der Wortlaut der Verantwortlichkeitsbestimmung braucht nun nicht unbedingt in dem Sinne ausgelegt zu werden, dass die Solidarität in vollem Umfange des Schadens besteht. Man kann sie auch ebensogut dahin auslegen, dass diese Solidarhaftung soweit besteht, als noch ein Anspruch gegen jeden einzelnen Berechtigten vorhanden ist und dies nach Berücksichtigung der Herabsetzungsgründe bei den einzelnen Berechtigten. Nach dieser Auslegung wäre es also zulässig, jedem einzelnen Verantwortlichen die ihm zustehenden Herabsetzungsgründe, trotz der gesetzlichen Solidarhaftung, zuzubilligen.

Wenn nämlich das Bundesgericht bei spekulativen Geschäften eine Herabsetzung des Schadenersatzes zulässt, falls nur ein verantwortliches Verwaltungsratsmitglied vorhanden ist, warum dann nicht auch, wenn mehrere verantwortliche Verwaltungsräte vorhanden sind, bei denen allseitig ebenfalls nur ein leichtes Verschulden vorliegt? Liegen Herabsetzungsgründe bei einem der Beteiligten vor, dann ist nicht einzusehen, warum er sie anrufen kann, solange er allein ist, bei Mitwirkung mehrerer Beteiligter aber nicht. Der Regress unter den Beteiligten kann bekanntlich auch nicht immer einen Ausgleich schaffen, da oft die Schadenhöhe die finanzielle Kraft der einzelnen Beteiligten übersteigt. Bei unechter Solidarität nach Art. 51 OR hat das Bundesgericht die Berufung auf

Art. 43 OR zugelassen. (BGE 59, II, 370.) Ebenso hat es im Falle 59, II, 460 zwei solidarisch haftbaren Verwaltungsräten die Ersatzpflicht, besonders wegen des spekulativen Charakters des Aktienkaufes der Kläger, für die beiden Beklagten gleichzeitig auf die Hälfte des eingetretenen Schadens ermässigt.

8. Kapitel.

Die Veranwortlichkeit der Verwaltung.

1. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit.

Für jede Verantwortlichkeit ist die Voraussetzung, dass ein Schaden entstanden ist. Es liegen des öftern pflichtwidrige Handlungen vor, ohne dass ein Schaden entstanden wäre. Wenn z. B. die Vorschriften des Art. 651 OR über die Aufschlusserteilung des Prospekts bei Ausgabe neuer Aktien oder die des Art. 652 OR über die Bezugsrechte des Aktionärs verletzt worden sind, dann wird hier gegen Gesetzesartikel verstossen, die zugunsten der Aktionäre geschaffen wurden, und daraus entsteht für die Aktiengesellschaft kein Anspruch. Anders natürlich für den einzelnen Aktionär.

In diesem Zusammenhang möchte ich auch eintreten auf die Frage des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 OR). Dieser ist gesetzlich verboten und ist damit eine der wirksamsten Vorschriften zur Erhaltung des Grundkapitals. Denn wirtschaftlich gesehen, liegt im Kauf oder der Pfandnahme eigener Aktien eine teilweise Rückzahlung des Grundkapitals an einzelne Aktionäre. Nun ist es aber ein offenes Geheimnis, dass schon bisher und wohl auch in Zukunft dieses Verbot von den Aktiengesellschaften nicht unter allen Umständen eingehalten wird.[1]) Denn die Interessen des Unternehmens und die Sorge um dessen Unterhaltung lassen manchmal Kursstützungsaktionen als notwendig oder doch als wünschenswert erscheinen.

Solche Handlungen begründen nun unzweifelhaft die Verantwortlichkeit. Lässt sich die Lage einer Aktiengesellschaft trotz solcher Stützungskäufe in der Folge nicht halten, so besteht eben die Verantwortlichkeit, weil, entgegen Art. 659 OR, Gesellschaftsmittel zum Rückkauf von Kapital verwendet worden sind. Der Einwand, ein Schaden sei nicht entstanden, weil die zurückgekauften Aktien einen höheren inneren Wert als den Kaufpreis besitzen, ist unhaltbar.

---

[1]) Guhl, S. 297.

Ebenso besteht Schadenersatzpflicht, wenn der Erwerb eigener Aktien nicht direkt, sondern durch eine befreundete Gesellschaft erfolgt und der entsprechende Kredit zur Verfügung gestellt wird. Denn hier liegt nicht nur eine Umgehung des Erwerbsverbots eigener Aktien vor, sondern es wird auch noch die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung verletzt. Ueber das Mass der Schadenersatzleistung hat gegebenenfalls der Richter zu entscheiden, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass vielleicht ein geringes Mass von Verschulden vorliegt und Herabsetzungsgründe unter Umständen gegeben sind, weil die Organe der Körperschaft in uneigennütziger Absicht und im Interesse der Erhaltung des Unternehmens gegen die gesetzlichen Vorschriften verstossen haben.

Die Frage, ob die Verantwortlichkeit gegeben sei, bei Gewährung zu grosser Kredite bei privatem Verwerten von Kenntnissen, die durch Leitung, Aufsicht usw. des Unternehmens erworben wurden, ferner bei Dividenden-Verteilung der einem Zusammenbruch vorausgehenden Jahre, gab Anlass zu eingehender Erörterung. In bezug auf die Verteilung von fiktiven Tantièmen und Dividenden auf Grund unwahrer Bilanzen oder zufolge Unterlassung der Bilanzierung, haben die ausländischen Rechte diese unter Strafe gestellt. Im schweizerischen Recht erübrigen sich solche Strafbestimmungen, soweit die Schädigung durch unwahre Berichterstattung erfolgt ist. In Frage kommt die Androhung einer besonderen Strafe gegenüber den ausführenden Körperschaftsorganen, die en l'absence d'inventaires oder malgré les inventaires Dividenden in ungerechtfertigter Weise haben zur Verteilung bringen lassen. (Vergl. Z. S. R., N. F. 44, S. 101a.)

Die Beantwortung all dieser Fragen muss man meiner Ansicht nach vom einzelnen Fall abhängig machen.

Die Rückforderung von Tantièmen, die auf Grund optimistischer Bilanzen verteilt worden sind, erfolgt nach der besonderen Regelungsvorschrift des Art. 679 OR der ausserhalb des Rahmens der Verantwortlichkeit steht. Voraussetzung ist der Konkursausbruch. Dann genügt zur Rückforderung der objektive Tatbestand von Bezügen als Gewinnanteile oder, unter anderer Bezeichnung, wie feste Honorare, Sitzungsgelder usw., wenn sie ein angemessenes Entgelt für die Gegenleistung übersteigen. Ausserdem spielt die Tatsache eine Rolle, dass sie bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden dürfen.

Wie gesagt, besteht die Haftung, auch wenn keine schuldhafte Pflichtverletzung vorliegt. Sie beschränkt sich jedoch auf den Betrag der Bereicherung, so dass also bezahlte Steuern auf diesen Bezügen — siehe Tantièmensteuer nach Krisenabgabebeschluss 54 ff — abgezogen werden können.

2. Die Geltendmachung des Anspruchs.

a) Außer Konkurs.

Wir haben festgestellt, dass die Verwaltung verpflichtet ist, in der Erfüllung der ihr obligenden Pflichten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzen die Mitglieder der Verwaltung die ihnen obliegenden Pflichten, versäumen sie die geforderte Sorgfalt, so werden sie zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Der Haftung gegenüber der Körperschaft ist die Haftung gegenüber dem Aktionär gleichgestellt, und zwar für allen Schaden, der durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der der Verwaltung obliegenden Pflichten verursacht wird. Damit ist die Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs zu einem wirksamen Instrument gestaltet worden. Soweit der primäre, d. h. der vom Aktionär persönlich erlittene Schaden in Frage steht, z. B. infolge unrichtiger Auskunfterteilung über den Stand des Körperschaftsvermögens, kann er direkt auf Zahlung des Ersatzes klagen. Soweit der Schaden aber lediglich ein mittelbarer ist, geht sein Anspruch nur auf Leistung des Ersatzes an die Aktiengesellschaft (Art. 755 OR). Damit ist schikanösen und erpresserischen Klagen eine wirksame Schranke gesetzt. Dieses Einzelklagerecht — wir werden später noch darauf zurückkommen (S. 61) — entfällt weder durch Entlastungsbeschluss noch durch einen Vergleich der Aktiengesellschaft mit den haftbaren Personen, es sei denn, der Aktionär oder sein Rechtsvorgänger hätte der Entlastung zugestimmt oder nicht innert der Frist von sechs Monaten Klage angehoben (OR 757). Diese Ordnung des Klagerechts entspricht der Interessengrundlage.

Wird der Aktionär direkt geschädigt, so soll er den erlittenen Schaden auch direkt im Klageweg geltend machen können.

Wird die Aktiengesellschaft geschädigt, so erleiden damit auch die Aktionäre Schaden, deren Zwecken das Körperschaftsvermögen dient. Die Verwaltung handelt ja nicht nur im Interesse der Körperschaft, sondern mittelbar auch im Interesse der Aktionäre, weil die Aktiengesellschaft für diese wirtschaftet und arbeitet. Lehnt es die Generalversammlung durch Mehrheitsbeschluss ab, die Ansprüche aus der Verantwortlichkeit geltend zu machen — etwa weil die Interessen der Mehrheit und der haftbaren Personen verknüpft sind — so muss dem einzelnen Aktionär die Möglichkeit gegeben sein, auf Ersatz an die Körperschaft zu klagen. Beschliesst auf der andern Seite die Generalversammlung die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage, so wird damit zwar die konkurrierende Klage des

Aktionärs nicht ausgeschlossen, aber Körperschaft und Aktionär sind nur gesamtforderungsberechtigt.

b) Im Konkurs.

Im Konkurs der Aktiengesellschaft steht die Geltendmachung des Anspruches zunächst der Konkursverwaltung zu. Die Gläubiger können Klagerecht überhaupt nur geltend machen, wenn über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. (OR, Art. 758.) Die Verantwortlichkeitsklage des Gläubigers fällt also dahin, wenn z. B. ein Nachlassvertrag zustande kommt. Die Verjährungsfrist für alle diese Verantwortlichkeitsansprüche beträgt fünf Jahre.

3. Die Beweislast.

Die Natur der Haftung ist eine Vertragshaftung oder vertragsähnliche Haftung. Für die Beweislast fallen daher die Regeln von OR, Art. 97, in Betracht. Wenn nämlich einmal der entstandene Schaden durch die Körperschaft bewiesen ist und nun ein Verschulden behauptet wird, so ist es Sache der einzelnen belangten Mitglieder der Verwaltung, sich zu exculpieren, d. h. im Sinne von OR 97 den Nachweis zu leisten, dass ihnen kein Verschulden zur Last fällt. Das einzelne Mitglied hat sich zu verantworten, d. h. sein Verhalten derartig nachzuweisen, dass sich daraus die Erfüllung seiner Pflichten ergibt. [1])

Die Exculpation kann nun so erfolgen, dass versucht wird, sie für alle Mitglieder gleichzeitig zu erreichen, indem der Nachweis erbracht wird, dass weder eine gesetzliche, noch statutarische, noch reglementarische Vorschrift verletzt wurde und dass die schädigende Handlung im Moment der Vornahme nicht unzweckmässig war. Oder aber es versucht sich das einzelne Mitglied zu exculpieren, und zwar im Gegensatz zu den übrigen, indem es beweist, dass in seiner Person keinerlei Verschulden vorliegt.

Henggeler (S. 36) bemerkt sehr richtig, dass bei der Verschuldensfrage der geschädigte Gläubiger leicht in den Fehler verfällt, die eingetretenen Verluste unter dem Gesichtspunkte der Erkenntnisse zu beurteilen, die man erst durch die Tatsache des Verlustes erlangt hat. Korrekterweise muss jeweils die Verschuldensfrage aber in erster Linie nach den Verhältnissen bei Eingehung eines Geschäftes geprüft werden und sodann unter dem Gesichtswinkel der richtigen Ueberwachung bei der Abwicklung.

---

[1]) Bachmann, Art. 673 OR, Anm. 2, und BGE 14, 699, und 34 II, 499.

Es ist ja klar, dass jede geschäftliche Tätigkeit mit Risiken verbunden ist, und auch dem tüchtigsten Geschäftsmanne können Verluste unterlaufen. Die Entscheidungen über die einzelnen Geschäfte einer Aktiengesellschaft müssen daher von den zuständigen Organen im Rahmen ihres vernünftigen Ermessens getroffen werden. Aber nachträglich, in Kenntnis von vorher nicht vorauszusehenden Tatsachen, ein Verschulden konstruieren zu wollen, wäre unbillig und geht nicht an. Wenn natürlich die Verwaltung von vorneherein bestimmte gesetzliche oder statutarische Vorschriften verletzt hat, auch wenn dies in der Meinung geschah, damit das Unternehmen vor grösserem Schaden zu schützen, dann liegt der Fall wieder anders.

4. Die Verjährung.

Gundsätzlich unterliegen alle Forderungen der Verjährung. Die Verjährung eines Anspruches tritt ein durch Zeitablauf. Mit Eintritt dieser Verjährung geht die Erzwingbarkeit — Klagbarkeit — verloren (OR, Art. 127 ff).

Während im alten Obligationenrecht besondere Verjährungsbestimmungen für die Verantwortlichkeitsansprüche gefehlt haben, regelt sie das neue Obligationenrecht in Art. 760. Es wird eine durchgehende fünfjährige Verjährungsfrist für alle Ansprüche angenommen. Also sowohl für diejenigen der Körperschaft, als auch für die der einzelnen Aktionäre. Dies gilt bei den letztern sowohl für den mittelbaren als auch für den unmittelbaren Schaden.

Die Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen. Sie endet auf jeden Fall mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung angerechnet. Abgesehen von der Verlängerung der Normalfrist auf fünf Jahre, entspricht die Regelung derjenigen vom Art. 60 OR für unerlaubte Handlungen. Genau wie bei diesem Artikel gilt auch hier der Satz, dass, soweit das Strafrecht längere Verjährungsfristen vorschreibt, diese zu gelten haben.

Die in Art. 757 OR aufgeführte Verwirkungsfrist von sechs Monaten fängt an zu laufen vom Tage der beschliessenden Generalversammlung an, was besonders zu beachten ist.

9. Kapitel.

Die Entlastung.

1. Der Begriff der Entlastung.

Während bis jetzt nur immer von der Verantwortlichkeit und der Haftung der Verwaltung die Rede war, soll im folgenden die hochwichtige Frage der Entlastung behandelt werden.

In der Entlastung liegt die Genehmigung der Geschäftsführung für diejenige Periode, auf welche sich der Entlastungsbeschluss bezieht. Es kommt damit zum Ausdruck, dass in bezug auf die Geschäftsführung keine Forderung gegen die Organe mehr geltend gemacht werden kann. (Vergl. BGE 51, II, S. 70.)

Der Entlastungsbeschluss hat also eine doppelte Bedeutung: Genehmigung der Geschäftsführung und Verzichtleistung auf allfällige Schadenersatzansprüche. Die eine Bedeutung ist jedoch nicht Voraussetzung der andern, denn es ist sehr wohl denkbar, dass trotz der Beanstandung der Geschäftsführung ein Verzicht auf Ersatzansprüche ausgesprochen wird. Die Entlastung ist nicht eine Entlastung für die Rechnungsaufstellung, sondern für die Geschäftsführung überhaupt. Es ist aber nicht nur eine Entlastung der Geschäftsführung ohne Abnahme der Rechnung denkbar, sondern es ist umgekehrt auch eine Rechnungsabnahme ohne Geschäftsführungsentlastung möglich und praktisch auch in Uebung. Der Entlastungsbeschluss, d. h. die Erklärung, dass für eine bestimmte Geschäftsperiode aus der Geschäftsführung keinerlei Forderungen hergeleitet werden, schliesst die Geltendmachung von Rügen oder eigentlicher Missbilligung über die Geschäftsführung in einzelnen Teilen oder im ganzen durchaus nicht aus.

Die Entlastung kann auch ohne ausdrücklichen Entlastungsbeschluss in der vorbehaltlosen Genehmigung der Jahresrechnung liegen (BGE 14, S. 705). Sie muss als gewährt gelten, solange sie nicht ausdrücklich verweigert ist.

Mit andern Worten, es ist die Entlastung eine einseitige Willenserklärung der Generalversammlung. Wir haben festgestellt (S. 17), dass die Haftung, soweit sie nicht durch Gesetz oder Statut geregelt ist, der Verwaltung gegenüber der Aktiengesellschaft einem mandatsähnlichen Verhältnis entspringt. Einzig die Mandantin, deren Willensbildung in der Generalversammlung erfolgt, kann darüber beschliessen, ob sie Schadenersatzansprüche stellen will oder nicht. Diese Erklärung steht aber gemäss Art. 7 ZGB unter den obliga-

tionenrechtlichen Bestimmungen für zweiseitige Rechtsgeschäfte. Sie kann also aus den allgemeinen Rechtsgründen des Irrtums und der Täuschung nach Art. 23 und 28 OR angefochten werden und ebenso wegen Verstoss gegen die guten Sitten.[1]) Unrichtige oder ungenügende Bilanzvorlagen oder die auf ihnen fussenden Entlastungsbeschlüsse können auch zu strafrechtlicher Ahndung führen. (Vergl. Art. 152, 172, 326 STGB.)

2. Die juristische Natur der Entlastung.

Die rechtliche Natur der Entlastung ist umstritten. Im Laufe der wissenschaftlichen Auseinandersetzungen haben sich vornehmlich vier Theorien gebildet.

Ich möchte sie hier anführen, ohne mich dabei ausschliesslich für die eine oder andere zu erklären. Es hat — wie so oft — jede dieser vier wissenschaftlichen Ansichten etwas für sich, und es kommt bloss darauf an, wie die Verhältnisse liegen. Oft wird die Entlastung tatsächlich als negatives Schuldanerkenntnis aufzufassen sein. Sie kann aber unter Umständen auch ebensosehr die Bedeutung eines eventuellen Schulderlasses haben. Massgebend ist immer der jeweilige Tatbestand!

a) Die Vertragstheorie.

Sie wird vom Bundesgericht vertreten und führt aus: Zwischen der Verwaltung und der Aktiengesellschaft besteht ein Vertrag. Durch den Entlastungsbeschluss erklärt die Generalversammlung, dass die Körperschaft als Gläubigerin — sofern die Berichterstattung durch die Verwaltung pflichtgemäss erfolgt ist — auf Grund der Geschäftsführung in der betreffenden Geschäftsperiode keine Ansprüche gegen die Mitglieder der Verwaltung geltend machen werde. In diesem Falle stehen der Aktiengesellschaft keinerlei Ansprüche gegenüber der Verwaltung zu, so dass der Entlastungsbeschluss also lediglich ein negatives Schuldanerkenntnis darstellt.

b) Die Theorie vom Schulderlaß.

Die Entlastung kann aber auch erteilt werden, obgleich der Generalversammlung bekannt ist oder aus den Umständen bekannt sein müsste, dass Tatsachen vorliegen, welche die Aktiengesellschaft zu Ansprüchen gegen die Mitglieder der Verwaltung berechtigen oder die doch solche Ansprüche als möglich erscheinen lassen.

Es kann zum Beispiel die Generalversammlung eine Pflichtver-

---

[1]) BGE 51 II, 70, Blätter für zürcherische Rechtssprechung, 29, S. 238.

letzung kennen und sie rügen, aber dem fehlbaren Verwaltungsrat trotzdem die Entlastung erteilen.

Der Entlastungsbeschluss enthält in diesem Falle einen Schulderlass, indem die Aktiengesellschaft sich eines ihr zustehenden Anspruches begibt.

Nicht selten kommt es vor, dass die Generalversammlung überhaupt verzichtet, zu untersuchen, ob ihr ein Anspruch zusteht. Das ist dann der sogenannte eventuelle Schulderlass. [1])

c) Die Lehre von der Quittung.

Hier wird angenommen, dass der Generalversammlung die Stellung einer Gläubigerin zukommt. Durch die Entlastung quittiert oder anerkennt sie die geleistete Pflichterfüllung und verzichtet damit auf Schadenersatzansprüche, die auf Grund der geleisteten Tätigkeit entstanden sind oder noch entstehen könnten. [2])

d) Die Mandatslehre von Bachmann.

Nach ihr stellt sich der Entlastungsbeschluss als jene rechtsgeschäftliche Erklärung dar, mit welcher der Mandant (d. h. die Aktiengesellschaft, vertreten durch ihr oberstes Organ, die Generalversammlung) dem Mandatar (d. h. der Verwaltung) kundtut, dass ihm keinerlei Forderungen aus dem Mandatsverhältnis zustehen. [3])

Der Vollständigkeit halber sei auch noch eine ältere Theorie erwähnt, die dahingeht, den Entlastungsbeschluss als einseitiges Rechtsgeschäft zu bezeichnen. Hier gibt dann die Generalversammlung einseitig die Erklärung ab, dass ihr die Verwaltung nichts schuldig sei.

3. Die Wirkung der Entlastung.

Die Wirkung des Entlastungsbeschlusses auf die Rechte der Aktionäre ist in Art. 757 OR festgelegt. Die materielle Tragweite eines solchen Beschlusses ist umstritten.

Die Entlastung kann sich im grossen und ganzen nur auf das erstrecken, was der Generalversammlung kundgetan wurde. Dabei ist abzustellen auf das, was vom Standpunkt des entlastenden Aktionärs aus für seine Entschliessung, ob er die Entlastung gewähren oder verweigern will, offen gelegt werden muss. Nicht nur absichtliche Unwahrheiten und nicht nur absichtliches Verschweigen, son-

1) Kolb, S. 70.
2) Wolfers, S. 136.
3) Bachmann, S. 6.

dern überhaupt jede Unwahrheit und jedes Verschweigen können den Entlastungsbeschluss hinfällig machen, insofern Tatsachen entstellt oder übergangen worden sind, die, objektiv betrachtet, für sich allein oder im Zusammenhang mit andern Tatsachen es wahrscheinlich machen, dass bei ihrer Kenntnis der Durchschnittsaktionär die Entlastung versagt hätte. Einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf z. B. jedes selbstkontrahierte Geschäft. (Vergl. S. 31.) Es stellt sich hier die Frage, ob schon eine ausdrückliche, generelle Erwähnung selbstkontrahierter Geschäfte die Genehmigung herbeiführt. Dazu ist zu sagen:

Zwischen dem Verwaltungsrat und den Aktionären besteht ein Vertrauensverhältnis, auf Grund dessen es der Aktionär als selbstverständlich annehmen kann, dass dieses Vertrauen nicht missbraucht werde. Der generell erteilte Entlastungsbeschluss erfolgt daher stillschweigend unter einem selbstverständlichen Vorbehalt in diesem Sinne. Man wird also im Falle einer tatsächlichen Uebervorteilung beim Selbstkontrahieren das Rechtsgeschäft als der Genehmigung ermangelnd betrachten müssen.

Dabei dürfte aber das Geschäft nur dann nicht als genehmigt gelten, wenn eine Uebervorteilung seitens der geschädigten Aktiengesellschaft nachgewiesen wird, also in diesem Falle Umkehrung der Beweislast. (Vergl. Wolf in der Zeitschrift «Die Aktiengesellschaft im neuen OR», Heft *2*, S. 8.)

In andern Fällen wird die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses gegeben sein. Nur der Nachweis, dass diese Tatsachen dem Rechenschaft ablegenden Organ bei Aufwendung aller geschäftlichen Sorgfalt nicht bekannt sein konnten, oder dass sie ihm zwar bekannt waren, ihre Erwähnung aber für die Frage der Entlastung unerheblich erscheinen durfte, kann diesen Beschluss aufrechterhalten. (Vergl. auch Neidhardt, S. 71.)

Andererseits ist zu bedenken, dass es kaum möglich erscheint, dass die Verwaltung überhaupt jede Lücke in ihren Ausführungen vermeiden kann, zumal ja diese infolge Wirtschaftsspionage, Konkurrenzierungsgründen usw. zum vorneherein niemals in alle Einzelheiten gehen können. Ausserdem steht dieser Pflicht eines möglichst lückenlosen Berichtes der Verwaltung ein Recht des einzelnen Aktionärs gegenüber, der innerhalb eines bestimmten Rahmens alle ihm wesentlich und ihm wissenswert erscheinenden Auskünfte verlangen kann. (Siehe S. 71 f.) Wurde davon kein Gebrauch gemacht und sind die Ausführungen der Verwaltung weder arglistig noch irreführend und verstossen sich nicht gegen die guten Sitten noch gegen Treu und Glauben, dann greift hier meiner Ansicht nach die Entlastung Platz.

Das Bundesgericht (BGE 65, II, 10) hat im Laufe der Zeit seine Meinung geändert und steht heute auf folgendem Standpunkt:

«Es setzt sich immer mehr und mehr die Tendenz durch, die Wirkungen einer Entlastung von vorneherein auf diejenigen Tatsachen zu beschränken, die der Generalversammlung als solche bekannt waren, mit der Massgabe, dass sich der Umfang dieser Kenntnisse der Generalversammlung ausschliesslich aus den ihr vorgelegten Unterlagen und Mitteilungen ergibt.» Mit andern Worten, das private Wissen der einzelnen Aktionäre ist für die Generalversammlung unerheblich und braucht von ihr bei der Beschlussfassung über die Entlastung nicht geprüft zu werden.

Diese Ausführungen des Bundesgerichtes haben einen wesentlich schärferen Masstab zur Grundlage, als die oben gemachten Erwägungen. Es ist aber zu bedenken, dass in diesem Sinne das Bundesgericht sich zum erstenmal in einem Entscheid mit dieser Materie befasste, und erst die Zukunft wird zeigen, ob man an diesen Richtlinien festhalten will. Eine saubere Lösung ist diesbezüglich wahrscheinlich überhaupt unmöglich!

Nach feststehender Praxis des Deutschen Reichsgerichtes (RGE 70/132, 89/136, 106/262) sind durch die Entlastung alle aus den Vorlagen erkennbaren Verletzungen des Vorstandes gedeckt. Staub führt zu dieser Frage aus:

«Es ist hier das Hauptgewicht auf das Wort „erkennbar" zu legen. Wenn, obgleich aus den Vorlagen gewisse Verfehlungen ersichtlich waren, die Generalversammlung in oberflächlicher Prüfung diese Fehler nicht gesehen und Entlastung erteilt hat, dann gelten auch die nicht erkannten Tatsachen, wenn sie nur erkennbar waren, als durch die Entlastung gedeckt. Es ist nicht Sache des Verwaltungsrates, auf die Mängel seiner eigenen Geschäftsführung hinzuweisen. Aus diesem Grunde ist ja der Aktiengesellschaft als drittnotwendiges Organ die Kontrollstelle beigegeben. Die deutsche Gerichtspraxis steht allgemein auf dem Standpunkt, dass die Kenntnis einer Tatsache seitens eines Organs der Kenntnis der Aktiengesellschaft gleichzustellen ist. Staub (§ 262a, Anm. 1) führt hierzu aus: Die Bilanzprüfer sind ausschliesslich Aufsichtsorgan und im Rahmen dieser Aufgabe auch Willensorgan: ihre Kenntnis und ihr Kennenmüssen muss sich die Aktiengesellschaft entgegenhalten lassen. Haben sie den Bestätigungsvermerk des § 262 f. dem Jahresabschluss gegeben und wird daraufhin der Verwaltung Entlastung erteilt, so kann wegen Verfehlungen des Vorstandes, die aus den vorgelegten Vorlagen des Jahresabschlusses erkennbar waren, gegen den Vorstand nicht mehr Regress genommen werden. Dem steht

das Kennenmüssen der Bilanzprüfer entgegen. (Vergl. auch Wieland, Bd. 2, S. 33, und Fischer in Ehrenbergs Handbuch, S. 310.)

Diese Ansicht unterstützen auch Gründe der Rechtssicherheit. Die Aktiengesellschaft hat gegenüber ihren Organen aus dem zwischen den beiden bestehenden Verhältnis eine Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Es geht nicht an, dass sie nachträglich Ansprüche erhebt, deren frühere Geltendmachung sie durch ihre eigene Nachlässigkeit unterlassen hat.

Bachmann (in der Festschrift für G. Cohn, S. 10) führt aus, dass die Entlastung solange vermutet werden müsse, bis der Nachweis erbracht werde, dass die Generalversammlung von den die Schadenersatz bedingenden Vorfällen bei der Entlastung keine Kenntnis hatte noch haben konnte. Würde sie aber Kenntnis davon gehabt haben, dann müsste eine grosse Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sie in diesem Falle die Entlastung verweigert hätte.

Andererseits ist ein Entlastungsbeschluss nicht nur anfechtbar infolge ungenügender Aufklärung und Kenntnis über die Grundlagen, sondern auch infolge Willensmangel. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein wegen eines Willensmangels anfechtbares Rechtsgeschäft nur solange unverbindlich ist, als es nicht genehmigt worden ist. Diese Genehmigung kann stillschweigend erfolgen durch die Unterlassung einer Unverbindlichkeitserklärung innerhalb eines Jahres oder aber durch ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Handeln. [1]) Als Grundlage der Willensanfechtung genügt aber nicht, dass man sich in einem früheren Zeitpunkte über die Beurteilung der weitern Entwicklung der allgemeinen Wirtschaftsverhältnisse der speziell in Frage stehenden Positionen getäuscht hat. [2]) Voraussetzung des Grundlagenirrtums ist, dass er sich beziehe auf einen bestimmten Sachverhalt. Ein bezüglich des Daseins oder des Werdens ungewisser Tatbestand oder Vorgang oder eine blosse Vermutung, eine Beurteilung der Geschäftskonjunktur hat also diese Bedeutung nicht. [3]) In diesem Sinne ist auch Art. 26 OR herbeizuziehen, wonach der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt und seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenden Schadens verpflichtet ist.

Trotz der Tendenz, die Wirkung einer Entlastung von vorneherein auf diejenigen Tatsachen zu beschränken, die der Generalversammlung als solche bekannt waren — wie das Bundesgericht

---

[1]) Oser, Note 2 zu Art. 31 OR.

[2]) Oser-Schönenberger, N. 42 zu Art. 24 OR.

[3]) Rappold, S. 36 ff, BGE 47 II, 316 und 49 II, 156.

ausführt — halten wir dafür, dass der Entlastungsbeschluss nicht voraussetzt, es müssten alle Einzelheiten der Geschäftsführung dem die Entlastung aussprechenden Organ bekannt sein. Insbesondere bei grossen Unternehmungen mit umfangreichem Geschäftsverkehr muss die Entlastung zu einer blossen Phrase herabsinken, wenn sie nur das erfassen soll, was aus den der Generalversammlung vorgelegten Unterlagen und aus allfälligen mündlichen Ausführungen entnommen werden kann. Denn alle diese Unterlagen und Berichte sind regelmässig zu summarisch gehalten, als dass sie zur Feststellung von allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen führen könnten.

Ob der Generalversammlung nicht bloss die eigene Kenntnis, sondern auch die Kenntnis und das Kennenmüssen der Kontrollstelle angerechnet werden muss, wurde vom Bundesgericht verschieden beurteilt. Einige Urteile gehen dahin, dass die Entlastung auch die den Revisionsorganen erkennbaren Vorgänge erfasst. (Vergl. auch Wieland, Bd. 2, S. 133.)

Dagegen vertritt der Entscheid des Bundesgerichtes vom 17. I. 39 in Sachen Volksbank Reiden eine andere Auffassung. Er beruft sich auf die Tatsache, dass die Kontrollstelle nicht Vertreter der Generalversammlung sei, sondern ein selbständiges Organ der Aktiengesellschaft. (Vergl. den Bericht in der Zeitschrift «Die schweizerische Aktiengesellschaft», Jahrgang IX, N. 7, S. 159.) Es ist aber nicht einzusehen, weshalb aus diesem Grunde die Kenntnisse der Revisoren der Generalversammlung nicht anzurechnen wären. Massgebend ist doch in erster Linie die Funktion der Kontrollstelle als Kontrollorgan und was aus den Unterlagen, die diesem Organ zur Verfügung standen, ersichtlich war, muss die Generalversammlung gegen sich gelten lassen. Stellt die Kontrollstelle den Antrag auf Entlastung, so entfaltet demnach die ausgesprochene Entlastung ihre Wirkung. Aber es entsteht dafür ein Verantwortlichkeitsanspruch gegen die Kontrollorgane.

Die negative Schuldanerkennung setzt regelmässig einen Zweifel über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruches voraus. Dementsprechend werden auch durch Entlastungsbeschluss nicht etwa nur endgültige Verluste genehmigt, sondern auch gewisse Handlungen der Geschäftsführung, wobei die genehmigende Stelle das Risiko auf sich nimmt, dass die eine oder andere dieser Handlungen später zu einem Verlust führen kann. Anders betrachtet wäre die Entlastung völlig wertlos. Denn damit soll verhindert werden, dass in einem späteren Zeitpunkt eine Verantwortlichkeit geltend gemacht werden könnte, lediglich weil sich ein Geschäft, das der entlastenden Stelle bezw. den Kontrollorganen im Zeit-

punkt der Erteilung bekannt war, später ungünstig entwickelt und zu einem Verluste führt. Wenn also die Generalversammlung aus der Rechnung ersieht, dass gewisse Wertschriften vorhanden sind oder gewisse Guthaben in einer fremden Valuta bestehen, dann soll sie sich in diesem Zeitpunkte darüber klar werden, ob diese Anlagen ein Risiko bergen oder nicht. Hat sie in diesem Zeitpunkte nichts gegen diese Anlage einzuwenden, so kann sie auf ihren Entlastungsbeschluss nicht zurückkommen, wenn die betreffenden Wertpapiere oder die betreffende Valuta später im Kurse sinken.

Anders stellt sich meiner Ansicht nach die Sachlage, wenn ein Verschulden der Verwaltungsorgane bei der Anlage des Geldes bestanden hat. Ein Entlastungsbeschluss greift hier nur dann Platz, wenn der Generalversammlung nicht nur die Geldanlage bekannt war, sondern auch noch dazu das Verschulden der Verwaltungsorgane. Gerade weil die Generalversammlung nur allzu leicht bereit ist, Entlastung zu erteilen, da sie ja in der Regel die einzelnen Anlagen gar nicht beurteilen kann und sie deswegen der Verwaltung ein grosses Vertrauen entgegenbringt und bringen muss, besteht bei der Verwaltung, wie übrigens schon bemerkt, die Pflicht, dieses Vertrauen nicht zu täuschen. Deswegen wird ein allfälliges Verschulden und auch eine allfällige Fahrlässigkeit durch den Entlastungsbeschluss nicht gedeckt werden.

Wir sehen, der Entlastungsbeschluss hat eben nicht allgemeingültigen Charakter, sondern es muss nach den entwickelten Grundsätzen von Fall zu Fall entschieden werden.

4. Der Unterschied zwischen Entlastungsbeschluß und dem Schadenersatzanspruch.

Die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses schliesst aber nicht bereits die Gutheissung der Schadenersatzansprüche in sich. Anfechtungs- und Leistungsklagen haben grundsätzlich verschiedene Voraussetzungen. Schadenersatzansprüche werden gegen die Verwaltung in der Praxis meist erhoben, ohne dass zuerst eine förmliche Aufhebung des Entlastungsbeschlusses beantragt wird. Dieser letztere hat lediglich insofern Bedeutung, als zunächst die Entlastung vermutet wird, bis zum Nachweis, dass die Generalversammlung von den die Schadenersatz bedingenden Vorfällen bei der Entlastung keine Kenntnis hatte noch haben konnte und bei Kenntnis davon aller Voraussicht nach diese verweigert hätte. Die Verwaltung wird daraufhin darzulegen versuchen, dass die Generalversammlung diese Kenntnis besass oder mindestens in der Lage gewesen wäre, diese sich zu verschaffen, dies aber unterliess und

daraufhin die Entlastung aussprach. Der Hinweis, dass die Generalversammlung unter damaligen Verhältnissen auch in Kenntnis dieser Vorgänge die Entlastung ausgesprochen haben würde, wird als Eventualstandpunkt stets geltend gemacht, dürfte aber tatsächlich kaum zu beweisen sein.

5. Der Entlastungsbeschließende.

Entlastung für die Geschäftsführung gibt naheliegenderweise die Aktiengesellschaft, d. h. die sie vertretende Mehrheit der Aktionäre in der Generalversammlung. Hat sich die Minderheit auch in dieser Beziehung der Mehrheit zu fügen? Grundsätzlich ist dies zu bejahen. Wenn aber die Mehrheit im offenbaren Rechtsmissbrauch oder in einer die guten Sitten verletzender Weise zum Nachteil der Körperschaft, einzelner Aktionäre oder Aktionärminderheiten eine solche beschliesst, dann hat nach Art. 706 OR jeder einzelne Aktionär das Recht zur Anfechtung. Bei der Frage der Zulässigkeit des Mehrheitsbeschlusses ist nicht nur der Umfang des möglichen Schadenersatzanspruches, auf den verzichtet werden will, zu berücksichtigen. Es kommt weiterhin das Mass des Verschuldens der allfällig haftbaren Organe in Betracht. Nur unter Berücksichtigung beider Momente lässt sich der Grad des offenbaren Rechtsmissbrauches oder der Verletzung der Statuten durch die Mehrheit am ehesten ermessen.

6. Der Entlastung Empfangende.

Als Körperschaftsorgan hat die Verwaltung, wie bereits festgestellt, auch korporative Organisation, d. h. sie trifft ihre Entschliessungen und Anordnungen auf Grund von Mehrheitsbeschlüssen. Daraus ergibt sich, dass die Entlastung grundsätzlich dem Organ, d. h. den sämtlich ihm angehörenden Mitgliedern gewährt wird. Umgekehrt ergibt sich daraus, dass die Haftung eine solidarische ist. Im Zweifel ist auch das Mass der Haftbarkeit für alle Mitglieder das gleiche. Die Generalversammlung kann allerdings nach Prüfung der Umstände die einen entlasten und die andern nicht. Ebenso kann das einzelne Organmitglied dartun, dass es an den zur Verweigerung der Entlastung führenden Geschäftsvorfällen gar nicht oder nur in untergeordnetem Masse beteiligt war. Ferner, dass es in keiner Weise pflichtwidrig gehandelt hat und deshalb die solidarische Haftpflicht ganz oder doch teilweise entfällt. Dagegen hat die Körperschaft bei ihrem Vorgehen nicht notwendigerweise den Umfang der Haftbarkeit des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes zu prüfen. Es ist vielmehr die Sache des einzelnen Mitgliedes, nachzuweisen, dass es der Haftbarkeit nicht unterliege.

Wenn aber nachträglich nicht durch die Generalversammlung, sondern durch die Liquidationskommission und den Sachwalter Ersatzansprüche erhoben werden, dann muss bewiesen werden, dass die Generalversammlung wenigstens mit grosser Wahrscheinlichkeit in Kenntnis aller Umstände, nicht Verzicht geleistet hätte. Wenn also die Generalversammlung ein Jahr später, trotz Kenntnis aller näheren Umstände auf jegliche Schadenersatzansprüche verzichtet, bezw. kein Aktionär Antrag auf Wiedererwägung des früher ausgesprochenen Entlastungsbeschlusses stellt, dann kann bei späterer Liquidation die Liquidationskommission diesen Wahrscheinlichkeitsbeweis praktisch wohl kaum mehr erbringen. Genau so verhält es sich beim Irrtum.

Ob sich ein Subjekt im Irrtum befunden hat, kann nur von dem betreffenden Subjekt selber entschieden werden. Jedenfalls kann ein in die Rechtsstellung des Vorgängers nachfolgendes Subjekt sich nur dann auf Irrtum dieses «Vorläufers im Rechte» berufen, wenn es unumstösslich imstande ist, nachzuweisen, dass der wahre Sachverhalt vorher gar nicht bekannt sein konnte. Das dürfte sehr schwer halten.

7. Der Zweck der Entlastung.

Das Institut der Entlastung bezweckt den Schutz der Mitglieder der Organe einer Körperschaft vor Verantwortlichkeitsklagen, die sich auf weit zurückliegende und deshalb nur noch schwer feststellbare Pflichtverletzungen stützen. Die Aktiengesellschaft soll gehalten sein, am Schlusse der Rechnungsperiode den Bericht ihrer Organträger über ihre Tätigkeit zu prüfen und unverzüglich sich zu entscheiden, ob die Entlastung zu erteilen sei oder ob zur Untersuchung der Geschäftsführung und eventuell zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geschritten werden soll. Jedenfalls soll die Körperschaft nicht leichthin die Entlastung verweigern, den Mitgliedern der Verwaltung — möglicherweise ungerechtfertigte — Pflichtverletzung vorwerfen und sie mit Verantwortlichkeitsklagen bedrohen können.

Es ist daher allgemein anerkannt, dass jedes Mitglied der Verwaltung nach gehöriger Berichterstattung einen Anspruch auf Erteilung der Entlastung hat und diesen im Wege der Klage geltend machen kann. Ueber die Art der Klage und die Verwirklichung des Anspruches hingegen herrscht keineswegs Klarheit. [1])

Ich halte dafür, dass die Klage auf Entlastung als Feststellungsklage aufgefasst wird. Das Klagebegehren des Verwaltungsrats-

[1]) Bachmann, N. 4 zu Art. 655 OR, ferner Pfyffer v. Altishofen, S. 33, Horrwitz, S. 393.

mitgliedes, dem die Entlastung nicht erteilt wurde, geht dann auf Feststellung, dass die Körperschaft ihm gegenüber keine Ansprüche aus seiner Tätigkeit in einer bestimmten Rechnungsperiode besitzt. Dieses Klagebegehren entspricht in der Tat dem Sinne des Institutes der Entlastung. Der betreffende Organträger erstrebt nicht die Entlastungserklärung selbst, sondern ihren Inhalt, nämlich die Gewissheit, dass er keine Verantwortlichkeitsklagen zu gewärtigen hat. Man vergleiche in diesem Sinne die neuere deutsche Literatur und die Praxis des Reichsgerichtes. [1])

Es kann aber eine Feststellungsklage nur dann erhoben werden, wenn ein rechtliches Interesse nachgewiesen werden kann, und zwar nach prozessualischen Grundsätzen. Dieses ist gegeben, wenn die Aktiengesellschaft behauptet, Ansprüche gegen den betreffenden Verwaltungsrat zu besitzen und die Entlastung verweigert oder ihre Entscheidung hierüber derart verschleppt, dass dem betreffenden Verwaltungsrat längeres Zuwarten billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.

Materiell hängt diese Klage einzig vom Bestehen von Schadenersatzansprüchen der Körperschaft gegen den Kläger ab. Die Feststellung des Vorhandenseins solcher Ansprüche durch das Gericht führt zur Abweisung der Klage. Können dagegen keine Schadenersatzansprüche bewiesen werden, so wird dies in einem Feststellungsurteil bestätigt. Mit diesem Urteil hat der Kläger sein Ziel erreicht. Er hat die Gewissheit, dass er keine Verantwortlichkeitsklage zu befürchten hat. Eine formelle Entlastung durch die Generalversammlung erübrigt sich in diesem Fall, denn sie würde inhaltlich nur das besagen, was jenes bereits festgestellt hat.

Sehr oft, z. B. im Fall der Bank von Zofingen und der Volksbank von Reiden, wird die Entlastung nicht bedingungslos erteilt, sondern nur gegen Uebernahme einer bestimmten Anzahl Aktien, die als Schadensdeckung angesehen werden muss. Es handelt sich dabei offenbar um einen Vergleich, den die Generalversammlung der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche vorzieht. Dieser kann nach bundesgerichtlicher Praxis nur dann angefochten werden, wenn nachgewiesenermassen beide Parteien von einem gewissen Sachverhalt ausgegangen wären, der sich nachträglich als unrichtig erwies, oder wenn die eine Partei mit Wissen der andern einen Sachverhalt irrtümlicherweise als gegeben betrachtet hätte (BGE 48, II, 107), mit andern Worten, wenn die Körperschaftsorgane absichtlich gewisse Mängel der Geschäftsführung und die Höhe der dadurch be-

---

1) Staub-Pinner, N. 12 zu § 260 HGB, Hachenburg, N. 25 a zu G. m. b. H. 46, RGE 89, 396/97.

wirkten Verluste verschwiegen haben, obschon ihnen bekannt sein musste, dass die Generalversammlung bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vergleich als ungenügend abgelehnt hätte, dann kann natürlich ein solcher Vergleich angefochten werden. Dagegen ist noch kein Grund zur Anfechtung des Vergleiches gegeben, wenn nachträglich durch Umstände, die bei Anlass der Generalversammlung noch nicht vorauszusehen waren, die Verluste erheblich grösser geworden sind. Bei einem Vergleich nimmt eben jeder Teil in Kauf, dass er auf gewisse Rechte und Möglichkeiten verzichtet und die Rechtssicherheit erfordert es, dass die Anfechtung eines Vergleiches nur aus wirklich schwerwiegenden Gründen zugelassen werde. (Vergl. die Zeitschrift «Die schweizerische Aktiengesellschaft», November 1934, VII. Jahrgang, N. 3, S. 59.)

Wir sehen, dass trotz der Entlastung das neue Obligationenrecht, übrigens genau wie das alte, die Ansprüche der einzelnen Gläubiger und Aktionäre auf Geltendmachung ihres mittelbaren Schadens grundsätzlich bestehen lässt. Dies allerdings mit merkwürdigen Beschränkungen. Zur klaren Abgrenzung der Begriffe möchte ich im folgenden eintreten auf die Klageberechtigung und ihre Beschränkung.

8. Die Klageberechtigten.

a) Der mittelbare Schaden.

Es handelt sich hier um den mittelbaren Schaden der Körperschaftsmitglieder und Gläubiger, denn das Obligationenrecht unterscheidet zwischen der Geltendmachung der Ansprüche der Körperschaft selbst und denjenigen der einzelnen Aktionäre und Gläubiger.

Jede Handlung gegenüber der Körperschaft, die deren Vermögenslage verschlechtert, hat indirekt auch eine Schädigung der Aktionäre nach Massgabe ihres Anteils zur Folge. Nach den Ausführungen von Karl Wieland (Handelsrecht, 2. Bd., S. 134 und 137) trifft diese Vermögenseinbusse in erster Linie die Gläubiger, falls diese nicht mehr voll befriedigt werden können. Soweit also dem Schaden der Aktiengesellschaft der indirekte Schaden der Aktionäre und Gläubiger entspricht, unterscheidet man den mittelbaren oder sekundären Schaden eben dieser Aktionäre und Gläubiger und den unmittelbaren oder primären Schaden der Aktiengesellschaft.[1]) Der mittelbare Schaden entsteht also bei Aktionär und Gläubiger dadurch, dass die Körperschaft selbst in ihrer wirtschaftlichen Lage

[1]) Bachmann, OR 674, N. 3, BGE 44 II, 45, 49 II, 245, 59 II, 455, 61 II, 232.

verschlechtert wird, wodurch entweder der Gesellschaftsanteil kleiner wird oder die Gläubiger nicht mehr voll gedeckt sind.

Hier ist nun insofern eine Abgrenzung nötig, als es nicht vorkommen soll, dass gleichzeitig mehrere Berechtigte klagen und für sich die Ansprüche aus mittelbarem Schaden geltend machen können. Wir haben gesehen, dass der Schaden, den die Körperschaft erlitten hat, entweder durch sie selber oder aber durch die einzelnen Gläubiger bezw. Aktionäre geltend gemacht werden kann. Die Klage geht jedoch auch im letzteren Falle nur auf Leistung an die Aktiengesellschaft. (Vergl. Wieland in «Zeitschrift für schweizerisches Recht», n. F. 41, S. 491 ff., BGE 44 II, 45, 59 II, 456, wo das Bundesgericht allerdings im Liquidationszustand und nach völliger Befriedigung der Gläubiger eine Aktionärklage für einen Pro-rata-Anteil des Schadens zugelassen hat.)

Vor Konkursausbruch fällt jede Klageberechtigung der Gläubiger für mittelbaren Schaden fort, und die Klagerechte des Aktionärs sind stark beschränkt (758 OR). Diese Einengung der bisherigen Klagemöglichkeiten — nach altem Obligationenrecht bestand die Klagelegitimation auch ausserhalb des Konkurses den einzelnen Aktionären zu und mit gewissen Beschränkungen auch den Gläubigern nach OR, Art. 675, II. Dies auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (vergl. BGE 49 II, 244) — ist bewusst erfolgt, weil ein direktes Klagerecht beim Nachlassvertrag zu unerträglichen Pressionen führen könnte.[1]) Es ist festzuhalten, dass bei Konkursausbruch zunächst nur die Konkursmasse legitimiert ist und nicht etwa der einzelne Gläubiger oder Aktionär (OR 756, I). Die oben erwähnte, früher durch die Praxis zugelassene analoge Anwendung für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung scheidet aus. Falls aber die Konkursmasse Ansprüche nicht geltend machen will, so kann jeder Gesellschafter oder Gläubiger die Abtretung nach SchKG, Art. 260, I, verlangen. Das Ergebnis fällt dann aus Gründen des Konkursrechtes nicht mehr an die Gläubigergesamtheit, sondern in erster Linie als sogenannter Prozessgewinn nach SchKG, Art. 260, II, an die prozessierenden Gläubiger, nach der unter ihnen bestehenden Rangordnung. Gläubigeransprüche gehen den Aktionäransprüchen vor. SchKG 260 sieht diesen Fall zwar nicht vor, aber diese Lösung ergibt sich ohne weiteres.

Tatsächlich werden selten Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht, denn die entsprechenden Prozesse sind meist langwierig und kompliziert. Man versucht also, Vergleiche abzuschliessen.

---

1) Steno-Bulletin NR. 1934, S. 720, vor allem Votum Abt in Sachen Banknachlassvertrag der Bank von Zofingen.

Solche Vergleiche erfolgen dann, normalerweise durch die Masse bedingt, mit dem Zweck, die Ansprüche der Gläubiger auf Abtretung nicht auszuschliessen. Die Masse verständigt sich mit den Verantwortlichen auf eine Abfindung im Betrage von xbeliebiger Höhe, bietet aber den Gläubigern die Abtretung der Ansprüche gegen Sicherstellung der gleich hohen Leistung an. Auf diese Weise erreicht man, dass der Gläubiger sich nun entscheiden muss, ob er dem Vergleiche zustimmen oder aber zum vorneherein einen erheblichen Barbetrag aufs Spiel setzen will, um sich dadurch die Möglichkeit eines grösseren Gewinnes durch Prozessführung zu sichern. Falls er Unglück hat, kann er jedoch bei ungünstigem Prozessverlauf den sichergestellten Betrag noch neben seinem übrigen Schaden, den er schon erlitten hat, verlieren. Es ist klar, dass die Abtretung bei derartigen Vergleichen praktisch nicht in Betracht fällt, denn ein solches Risiko wird normalerweise kein Gläubiger laufen (BGE 52, III, 63).

b) Der unmittelbare Schaden der Gläubiger und Aktionäre.

Es sind Fälle möglich, wo Handlungen der verantwortlichen Organe zwar die Körperschaft selber nicht schädigen, dagegen aber einzelne Aktionäre und Gläubiger.

Aus diesem Grunde hat das Gesetz Schutzbestimmungen aufgestellt. Ich erwähne hier einmal alle Bestimmungen, welche die Individualrechte der Aktionäre betreffen. Ferner alle Publizitätsvorschriften, die im Interesse der Gläubiger und Aktionäre aufgestellt wurden. Jede Verletzung der sehr eingehenden Bilanzvorschriften der Art. 662—677 OR kann zu einer direkten unmittelbaren Schädigung von Aktionären und Gläubiger führen, vorausgesetzt, dass jemand im Glauben an die Richtigkeit der Bilanz Aktionär oder Gläubiger geworden ist.

Schwieriger gestaltet sich der Nachweis des unmittelbaren Schadens, wenn auf Grund einer Bilanz, die nicht den gesetzlichen Bedingungen entspricht, jemand seine Beteiligung beibehalten oder den Kredit nicht gekündigt hat. Ein allfälliger Verlust bei Gläubiger oder Aktionär ginge dann darauf zurück, dass die Lage der Aktiengesellschaft schlechter war, als sich aus der Bilanz ergab. Bei wahrheitsgemässer und richtiger Aufstellung der Bilanz wäre natürlich auch sofort der Wert der Aktien gefallen, bezw. der Kredit eventuell gefährdet worden. Es ist deshalb der Nachweis, dass in einem früheren Zeitpunkt der Börsenkurs einer Aktie noch höher war und daher die Möglichkeit bestand, sie vorteilhafter zu verkaufen, kein Schadennachweis. Denn ohne Verletzung der Gesetzesvorschrift bezüglich Bilanz usw., wäre ja auch schon in diesem Zeitpunkt der

Börsenkurs tiefer gewesen. Es kann also nicht jemand wegen Bilanzverschleierung klagen und dabei als Basis seiner Schadensberechnung den durch die Bilanzverschleierung hervorgerufenen Börsenkurs annehmen.

Soweit aber tatsächlich den einzelnen Gläubigern oder Aktionären ein direkter, d. h. unmittelbarer Schaden erwachsen ist, können sich diese auf die Verantwortlichkeitstatbestände der Art. 752 bis 754 OR stützen. Daneben kommen auch noch allgemeine Rechtsgrundlagen in Frage, vor allem OR 41 f., sofern ausser einer Verletzung der die Verwaltung treffenden Pflichten noch ein Verstoss gegen ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung vorliegt (BGE 46 II, 455, 61 II, 235).

Wir haben gesehen, dass trotz einer Entlastung eine Geltendmachung des mittelbaren Schadens möglich ist. Allein dies gilt nur beschränkt. Nachdem die Körperschaft als Berechtigte gegenüber den Organen auf Verantwortlichkeitsansprüche verzichtet hat, können trotzdem noch die einzelnen Aktionäre und Gläubiger — für diese auf den Fall der Konkurseröffnung beschränkt — diese Ansprüche, von denen die Aktiengesellschaft nichts wissen will, geltend machen, und zwar wiederum ausschliesslich zugunsten der Körperschaft. Mit andern Worten, falls der Aktionär einen solchen Prozess gewinnt, erhält die Aktiengesellschaft etwas, was sie gar nicht zu erhalten wünscht! Der Grund für diese merkwürdige Regelung ist darin zu suchen, dass die Verwaltung durch Aktienbesitz und Aktienvertretung befreundeter Kreise die Entlastung erhält, entgegen der Stimmen grösserer oder kleinerer Minderheiten. Diese Bestimmung ist, wie schon bemerkt, als Sicherheitsventil aufzufassen.

Die Einschränkung des Klagerechtes des einzelnen Aktionärs liegt nun darin, dass es in einer Frist von sechs Monaten seit der Beschlussfassung untergeht. Ausserdem können es nur diejenigen Aktionäre geltend machen, die nicht für die Beschlussfassung gestimmt oder die Aktien seit Kenntnis der Schlussnahme erworben haben.

Solche Beschränkungen setzt das Gesetz zwar für die einzelnen Gläubiger nicht fest, dagegen gewährt es aber dem einzelnen Gläubiger erst mit Konkursausbruch ein Klagerecht (Art. 758 OR). In bezug auf die Entlastung ist zu dieser Bestimmung folgendes zu sagen:

Die Entlastung hat ihre Wirkung auch gegenüber der Konkursmasse, genau wie gegenüber der Aktiengesellschaft selbst. Nun ist aber die Konkursverwaltung berechtigt, nicht nur die Ansprüche der Körperschaft, sondern auch diejenigen der einzelnen Gläubiger und Aktionäre für mittelbaren Schaden geltend zu machen (OR, Art. 756).

In dieser Stellung, nämlich als Zwangsvertreter der einzelnen Geschädigten, bindet der Entlastungsbeschluss die Konkursverwaltung nicht. Henggeler bezeichnet ihre Stellung in diesem Falle als eine Art procurator in rem suam (Henggeler, S. 55).

Weitere Schwierigkeiten können sich ergeben beim Zustandekommen eines Nachlassvertrages, insbesondere bei einem solchen mit Vermögensabtretung. Da hier die gesetzlichen Voraussetzungen der Konkurseröffnung fehlen, fällt das Klagerecht der einzelnen Gläubiger dahin (Argumentum e contrario aus Art. 758 OR). Ein Klagerecht des Liquidators kommt auch nicht in Frage, soweit die Entlastung entgegensteht, da er nur die Ansprüche der Masse geltend machen kann. Uebrig bleiben bloss die Klagerechte der einzelnen Aktionäre auf Leistung an die Masse. Auch hier ist die Frist von sechs Monaten zu beobachten, seit der Beschlussfassung über die Entlastung. Die Klage des Aktionärs geht aber wiederum nur auf Leistung an die Nachlassmasse. Bei günstigem Ausgang des Prozesses fliesst das Ergebnis an die Masse, dient also in erster Linie zur Gläubigerbefriedigung. Erst wenn diese voll befriedigt sind, fällt der Ueberschuss an die Gesamtheit der Aktionäre zur verhältnismässigen Verteilung. Der Anreiz zu einer derartigen Klage ist also gering. Uebrigens kann niemand die beklagten Verantwortlichen hindern, dem klagenden Aktionär eine solche Klage abzukaufen.

Es besteht ferner die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses zwischen den Verantwortlichen und der Körperschaft. Das Klagerecht des einzelnen Aktionärs bleibt aber davon unberührt und niemand kann diesen hindern, trotz dieses Vergleiches einen Prozess gegen die Verantwortlichen anzustrengen.

Auch das scheint mir eine unbefriedigende Tatsache zu sein. Denn gerade bei Nachlassverträgen hat die Gesamtheit der Gläubiger ein grosses Interesse an einer endgültigen Regelung, die nicht durch Sonderaktionen durchkreuzt werden dürfte. Man könnte hier zum entsprechenden Verfahren greifen, wie es beim Vergleich im Konkurs durchgeführt wird, nämlich Angebot der Abtretung an diejenigen Kläger, welche gleichzeitig der Masse das Vergleichsergebnis sicherstellen.

9. Der Gerichtsstand.

Haben die verantwortlichen Personen verschiedenen Wohnsitz, so ist die Schaffung eines gemeinsamen Gerichtsstandes für die Verantwortlichkeitsklage wünschenswert. Denn sonst könnte sie leicht Gegenstand mehrerer Prozesse vor verschiedenen Gerichten

sein, die möglicherweise zu verschiedenartigen Urteilen gelangen. Durch Art. 761 OR wird der Richter am Sitze der Aktiengesellschaft als zuständig erklärt. Diese Bestimmung bezieht sich auf alle verantwortlichen Personen, also auch auf die Liquidatoren.

Die Tragweite dieser Gerichtsstandsbestimmung ist in doppelter Beziehung beschränkt:

Einmal bezieht sie sich nur auf die Organe schweizerischer Aktiengesellschaften. Organe ausländischer Körperschaften, die in der Schweiz Wohnsitz haben, können an ihrem Wohnsitz belangt werden. Umgekehrt vermag die Bestimmung nicht zu verhindern, dass Organe schweizerischer Aktiengesellschaften, die im Auslande wohnen, an ihrem ausländischen Wohnsitz mit einer Verantwortlichkeitsklage belangt werden. Fraglich scheint es mir allerdings zu sein, ob ein vom Gericht am Sitze der Körperschaft gegen einen Ausländer gefälltes Verantwortlichkeitsurteil im Auslande vollstreckbar ist. Der Gerichtsstand mit Frankreich zum Beispiel dürfte hier Schwierigkeiten bereiten. Gegenüber Ausländern wird wohl deswegen mit Nutzen eine Bestimmung in die Statuten aufgenommen werden, nach der sich die Organe zum voraus ausdrücklich dem Gerichtsstand der Aktiengesellschaft zu unterziehen haben.

Die Bestimmung, dass die Klage gegen alle verantwortlichen Personen am Sitze der Körperschaft angebracht werden kann, scheint nicht die Bedeutung zu haben, dass alle Verantwortlichen gleichzeitig angeklagt werden müssen, damit der Gerichtsstand am Aktiengesellschaftssitz begründet wird.[1]) Der Kläger wird sich darauf beschränken können, einen oder mehrere der Verantwortlichen am Sitze der Aktiengesellschaft einzuklagen, die übrigen an ihrem Wohnsitz. Denn es handelt sich hier um persönliche Ansprüche im Sinne des Art. 59 der Bundesverfassung, wonach der Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten ist (neben dem Gerichtsstand am Sitz der Aktiengesellschaft, Art. 761 OR).

Der Gerichtsstand des Art. 761 OR hat denn auch zu längeren Aussprachen, insbesondere im Ständerat, geführt. Bei der parlamentarischen Beratung des Bankengesetzes wurde die Auffassung vertreten, ein solcher einheitlicher Gerichtsstand verstosse gegen die erwähnte Gerichtsgarantie des Art. 59 BV. Der betreffende Artikel wurde deshalb abgelehnt, und im Bankengesetz fehlt ein einheitlicher Gerichtsstand.[2])

Das Bundesgericht dagegen hat derartige Gerichtsstandsbestimmungen, unter Anwendung der Grundsätze der Bundesverfassung

---

[1]) Vergl. Henggeler, S. 60.

[2]) Steno-Bulletin St. R. 1934, S. 268, Votum Thalmann.

über die Gewerbefreiheit Art. 31 als zulässig erklärt, wenn triftige, aus der Eigenart des Gewerbes und den öffentlichen Interessen sich ergebende Gründe, welche mit der Einführung eines Bewilligungs- und Aufsichtszwanges zusammenhängen, dafür sprechen (BGE 62 I, 80). Im weitern stellt aber das Bundesgericht fest, dass nach Art. 113, III, BV derartige Gerichtsstandsbestimmungen, wie sie auch das ZGB enthält, vom Bundesgericht nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden können (BGE 41 I, 452, 62 I, 79).

Auch bei den Beratungen des neuen Obligationenrechts über den einheitlichen Gerichtsstand bei Verantwortlichkeitsklagen, wurde aus den gleichen Erwägungen Art. 761 zunächst vom Ständerat abgelehnt, um schliesslich dann mit schwacher Mehrheit angenommen zu werden. [1])

Der einheitliche Gerichtsstand des Art. 761 OR wird nun seine Geltung auch für Aktienbanken haben. Zumindest schliesst das Bankengesetz eine solche Regelung nicht aus. [2]) Art. 16 der Uebergangsbestimmungen zum neuen Obligationenrecht behält die Vorschriften des neuen Bankengesetzes vor. Da aber, wie bemerkt, darin eine Gerichtsstandsbestimmung fehlt, liegt eine Kollision zwischen den beiden Gesetzen nicht vor. Es ist auch nicht anzunehmen, dass mit der Sonderregelung der Verantwortlichkeitsklage im Bankengesetz ein einheitlicher Gerichtsstand grundsätzlich ausgeschlossen werden wolle. [3])

10. Die Verjährung.

Bezüglich der Verjährung gilt das unter der Verjährung S. 47 Gesagte, so dass hier nicht mehr weiter darauf einzutreten notwendig ist.

---

[1]) Steno-Bulletin NR. 1934, S. 346 ff., 1935, S. 193 ff. und St. R., S. 107 und 265, 1936, S. 89.

[2]) Vergl. Henggeler, S. 61.

[3]) Steno-Bulletin NR. 1935, S. 193 ff., Voten Scherer und Aeby.

DRITTER TEIL.

Der Aktionär in seiner Rechtsstellung gegenüber der Verwaltung.

1. Allgemeines.

Unter dem Titel «der Schutz des Aktionärs und die Erhaltung des Grundkapitals» fasst das Gesetz eine ganze Reihe von Bestimmungen zusammen, die alle darauf abzielen, den Aktionär in seinem Vertrauen zur Körperschaft zu schützen, das er seinerzeit der Aktiengesellschaft entgegengebracht hat.[1]) Ich erwähne hier die wohlerworbenen Rechte (OR 646), die Minderheitsrechte (OR 636 und 648, 649, 655, 658), den Prospektzwang (OR 650).

Diesen Rechten des Aktionärs stehen entsprechend die Pflichten der Verwaltung gegenüber, und von diesem Gesichtspunkte aus möchte ich etwas näher auf diesen Punkt eingehen, soweit dies nicht schon geschehen ist.

2. Die Aufschlußerteilung in der Generalversammlung.

In der die Gesamtheit der Mitglieder darstellenden Generalversammlung ist dem einzelnen Aktionär Gelegenheit geboten, seine Teilnahme an der Verwaltung zur Geltung zu bringen. Hier kann er die ihm in den Angelegenheiten der Aktiengesellschaft zustehenden Rechte ausüben, als da sind, Beurteilung der Führung der Geschäfte, die Prüfung der Bilanz und der Gewinnberechnung, Stellungnahme zur Gewinnverteilung usw. Wie die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluss jeden Aufschluss von der ihr Rechenschaft pflichtigen Verwaltung erzwingen kann, so ist auch dem Einzelaktionär gesetzlich ein freilich durch Rücksichtnahme auf das Geschäftsgeheimnis beschränktes Kontrollrecht gewährleistet (BGE 54 II, 24/25).

---

1) Guhl, S. 23.

Es ist unbestritten, dass der Aktionär das Recht, Aufschlüsse zu begehren, auch mündlich in der Generalversammlung ausüben kann. [1])

Geradezu eine Pflicht des Aktionärs, Fragen zu stellen, nimmt Bachmann an (Bachmann in Festschrift für Cohn, S. 8). Er führt aus: Wer als Aktionär eine Generalversammlung besuche, von dem dürfe man annehmen, dass er nicht nur das Aktiengesetz und den kaufmännischen Betrieb überhaupt kenne, sondern dass er sich auch mit dem Inhalt der Statuten und eines bereits zugänglich gemachten Geschäftsberichtes mit Bilanzaufstellung und weiterhin auch mit dem Inhalt des Revisionsberichtes vertraut gemacht habe. Soweit diese Sondervorlagen ihrem Inhalte nach zur Einholung von Auskünften Veranlassung geben, sei er verpflichtet, danach zu fragen. Durch seine Frage macht er die Verwaltungsorgane lediglich auf ihre Pflicht aufmerksam.

Die Anerkennung dieses Sonderrechtes des Einzelaktionärs auf Auskunfterteilung gilt aber, wie bemerkt wurde, nicht uneingeschränkt. Es kann nicht jede beliebige Auskunft verlangt werden, und ein offenbarer Missbrauch des Auskunftsrechtes soll nicht geschützt werden.

3. Die rechtliche Natur der Auskunfterteilung.

Das Problem der Auskunfterteilung ist wesentlich für die gesamte Rechtsstellung des Aktionärs. Sie muss als bestandeswichtige Funktion des körperschaftlichen Organismus der Aktiengesellschaft aufgefasst werden. Die systematische Grundlage für die Erkenntnis der rechtlichen Natur der Aufschlusspflicht gewinnen wir aus der Zweckbestimmung der Aktiengesellschaft als einem lebenswichtigen Organismus. Soweit nun der Zweck der Aktiengesellschaft — den Gegenstand des Unternehmens zu verwirklichen — eine Auskunftspflicht in sich schliesst, besteht ein Recht auf diese Auskunft. Aus der körperschaftlichen Verbundenheit und der gesamten Zweckbestimmung entsteht das Recht aller Beteiligten auf Teilnahme am körperschaftlichen Leben (Vergl. Herzfelder, S. 10).

Zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes in diesem Sinne ergibt sich die Notwendigkeit des Zusammenwirkens aller Beteiligten. Damit eine sachgemässe Beschlussfassung eine angemessene Bildung des Gesamtwillens ermöglicht, muss die Gesamtheit der Körperschaftsmitglieder notwendig über alle wesentlichen Vorgänge innerhalb der Aktiengesellschaft unterrichtet sein oder unterrichtet

[1]) Bachmann, Anm. 4 zu Art. 641 OR, Landolt, S. 188.

werden. Die Auskunftspflicht folgt darnach mit rechtlicher Notwendigkeit aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als körperschaftlichem Verband. Die Auskunftspflicht ist nach Netter (Netter, S. 16) die Kehrseite der Organstellung der Verwaltung.

Das Stimmrecht bezw. das Recht auf Auskunft gehört zu den sogenannten Sonderrechten. Diese Terminologie gibt oft zu Unsicherheiten Anlass (Vergl. H. Fehr, S. 70). Fehr schreibt:

Denn bisweilen werden die Sonderrechte von den wohlerworbenen (iura quaesita) nicht geschieden. Oft gelten als Sonderrechte nur diejenigen, welche dem Aktionär eine Sonderstellung, eine wirkliche Vorzugsstellung einräumen. Der Entwurf 3 spricht in Art. 645 OR (heute 645 OR) von wohlerworbenen Rechten und in Art. 653 OR (heute 654, III) von Vorrechten. Karl Wieland nennt diese Rechte Sonderrechte im engern und weitern Sinne. Ich verwende mit ihm den Ausdruck «Sonderrechte».

Eine statische, bisher viel vertretene Auffassung erklärt klipp und klar: Sonderrechte können gegen den Willen des Aktionärs weder beschränkt noch aufgehoben werden. Das Sonderrecht ist unwandelbar. Die neuere Auffassung ist die dynamische. Sie schaut auf die Wirkung dieser Sonderrechte. Sie hat erkannt, dass das starre Festhalten am Sonderrecht eine Aktiengesellschaft in den Ruin stürzen kann. Sie fasst daher den Begriff funktional auf und scheidet die Sonderrechte in zwei Gruppen. Die eine Gruppe bildet die schlechthin unentziehbaren Rechte. Wieland zählt zu ihnen das Stimmrecht, das Anfechtungsrecht, das Recht auf Schadenersatz usw. Dann wird aber in richtiger Weise erkannt, dass zuweilen das Gesamtinteresse auch für die Sonderrechte bestimmend sein muss, dass es Fälle gibt, wo das widerstreitende Interesse des Einzelaktionärs zurücktreten muss. Masstab für die Zuteilung von Sonderrechten muss unter anderem die Wirkung sein. Wirkt gegebenenfalls das Sonderrecht des Aktionärs äusserst hemmend oder geradezu störend auf das ganze Unternehmen, so muss es im Zweifel entzogen werden können.

Daraus erhellt, dass das Auskunftsrecht des Aktionärs, das aus dem wichtigsten seiner Rechte, dem Stimmrecht, fliesst, gegebenenfalls trotz seinem Sonderrechtscharakter eingeschränkt werden kann, eben dann, wenn das Interesse der Aktiengesellschaft mit ihm in Widerstreit gerät. Wie schwer es aber hält, hier genaue Grenzen zu ziehen, ist aus dem folgenden ersichtlich.

4. Die Bekanntgabe von Verlusten und Veruntreuungen.

Eine Pflicht, jeden Verlust und jede Veruntreuung mitzuteilen, besteht nicht. Das Gesetz verbietet nur die Abgabe unwahrer Erklärungen. Es dürfen also auf Anfrage eines Aktionärs hin stattgefundene Verluste und Veruntreuungen nicht bestritten werden. Dies gilt auch für den Fall, dass Verluste gedeckt wurden. Nach Ehrenberg kann das Verschweigen auch nicht darauf gestützt werden, dass anzunehmen sei, die Generalversammlung würde bei Kenntnis des Sachverhaltes das Verschweigen im Interesse der Körperschaft selber ausdrücklich verlangen.

5. Das Verbot verschleierter und unrichtiger Angaben.

Nach Art. 152 StGB dürfen die Auskünfte nicht unwahr sein, d. h. nicht unrichtige Angaben enthalten. Im weitern bezieht sich das Verbot auf besonders krasse unrichtige Schätzungen, also auf verschleierte Angaben. Unter Verschleierung versteht man jene Art der Darstellung, die den wahren Tatbestand undeutlich oder unkenntlich macht, und zwar derart, dass dadurch eine unrichtige Beurteilung der Sachlage veranlasst wird. Dies bezieht sich auch auf die Debatte. Denn neben das Recht auf Aufschlusserteilung möchte ich das Recht auf Debatte stellen. Die Aktionäre haben ein Recht darauf, dass den Beschlüssen der Generalversammlung eine sachgemässe Erörterung vorausgeht. Denn es ist ja ganz klar, dass die Beschlussfassung eine vorherige Besprechung notwendig macht, und diese darf von den Verwaltungsorganen nicht dazu benützt werden, bei den Aktionären eine unklare bezw. unrichtige Vorstellung der Sachlage zu erwecken.

Ich verweise hier auf die ausgezeichneten Ausführungen von Hans Biggel, der zur vorliegenden Frage sich wie folgt äussert: «Erkennt man nun der Verwaltung das Recht zu, diese Verluste nicht zu veröffentlichen, dann schützt man zwar das Geschäftsinteresse; es ist aber unrichtig, wenn man den VR wegen dieses Geheimhaltungsrechtes (oder Pflicht) auch vor einer Verantwortlichkeitsklage bewahren würde. Meines Erachtens stellt in einem solchen Falle die Decharge-Erteilung einen zu weitgehenden Schutz für die VR-Mitglieder dar, so dass trotz der erteilten Entlastung eine Klage möglich sein müsste.» [1])

[1]) Hans Biggel, S. 81.

6. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Aufschlußpflicht.

Die Verletzung des Rechtes auf Auskunft bedingt die Anfechtbarkeit der betreffenden Beschlüsse. Der anfechtende Aktionär hat aber den Kausalzusammenhang zu beweisen.

Die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht der Verwaltungsorgane gründet sich, wie wir gesehen haben, auf die Tatsache, dass die Pflichten eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt wurden (Art. 752 OR). Die Nichterfüllung der den Organen rechtlich obliegenden Verpflichtung zur Auskunft kann sich neben ihren zivilrechtlichen Folgen zugleich als Verschleierung qualifizieren im Sinne von Art. 152 StGB. Die Sanktion ist in diesem Fall Gefängnis oder Busse.

Bei unwahren Angaben über den Stand der Geschäftslage führt schon die fahrlässige Verletzung der Wahrheitspflicht die Vollendung des Vergehens herbei. Es ist also weder eine Bereicherungsabsicht noch ein entstandener Schaden nachzuweisen.

Abschliessend möchte ich bemerken, dass die Frage, inwieweit die Unterlassung von Angaben zulässig ist, bezw. in welchem Moment sie strafbar wird, sich in allgemeiner Form überhaupt nicht beantworten lässt. Nur im Einzelfalle lassen sich die Grenzen zwischen Offenbarungspflicht und Geheimhaltungsinteresse mit Bestimmtheit ziehen, und auch dort ist dies oft mit Schwierigkeiten verbunden.

Schlußbetrachtungen.

Aus den bisherigen Ausführungen geht unzweideutig hervor, dass die Stellung der Verwaltung, insbesondere in bezug auf ihre Verantwortlichkeit im revidierten Obligationenrecht, eine wesentlich andere geworden ist, in dem diese ganz bedeutend verschärft wurde.

Im neuen Artikel 754 OR wird bestimmt, dass alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Aktiengesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich sind, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Eine ähnlich lautende Verantwortlichkeitsbestimmung findet sich übrigens auch im neuen Bankengesetz in Art. 41. Im alten Obligationenrecht erstreckte sich die Verantwortlichkeit bekanntlich *gegenüber der Körperschaft* ebenfalls auf absichtliche oder fahrlässige Pflichtverletzung. *Gegenüber den einzelnen Aktionären und Gläubigern* bezog sie sich aber nur auf *absichtliche* Pflichtverletzung. Dabei ist zu beachten, dass die Aktiengesellschaft kein Klagerecht mehr besass, wenn für das betreffende Geschäftsjahr Entlastung erteilt worden war. Damit konnten in vielen Fällen praktisch nur Klagen der einzelnen Aktionäre und Gläubiger in Betracht fallen. In Zukunft wird für alle Fälle, gleichgültig ob die Körperschaft oder einzelne Beteiligte klagen, Fahrlässigkeit genügen.

Die Judikatur in Verantwortlichkeitsprozessen nach Massgabe des alten Obligationenrechts basierte somit im wesentlichen auf der absichtlichen Pflichtvernachlässigung. Da aber diese Verfehlung in der Praxis wohl selten eintritt und ausserdem schwer nachzuweisen ist, war das praktische Ergebnis bei Verantwortlichkeitsprozessen ein ausserordentlich problematisches und unbefriedigendes.

Heute hat sich dies grundlegend geändert, indem eine fahrlässige Handlung unvergleichlich leichter nachzuweisen sein wird als eine absichtliche Pflichtverletzung. Fahrlässigkeit dürfte dann vorliegen, wenn für die auszuführende Arbeit nicht die erforderliche berufliche Sorgfalt angewendet wird, zu der ein Verwaltungsrat verpflichtet ist. Die nach Art. 754 OR vorgesehene Haftung setzt zwar ein Verschulden voraus, das aber wie gesagt nicht nur auf Absicht,

sondern auch auf grober oder leichter Fahrlässigkeit beruhen kann. Die Haftung kann nur für den aus dem absichtlichen oder fahrlässigen Verschulden hergeleiteten und nachgewiesenen Schaden, wozu auch entgangener Gewinn zu zählen ist, in Frage kommen.

Mit dieser Regelung der Verantwortlichkeit haben die Schöpfer des revidierten Obligationenrechts nur das mit in das Gesetz aufgenommen, was den bereits bestehenden Bedürfnissen entsprach.

Sie haben damit eine Ordnung getroffen, die in der Praxis, massvoll angewendet, sich zweifellos als sehr segensreich auswirken und geeignet sein wird, Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften und Banken, wie wir sie in den vergangenen Jahren erlebt haben, mindestens in diesem Ausmasse zu verhindern.